Das Aufrechnungsrecht

nach bürgerlichem Recht

und seine Wirksamkeit im Konkurs des Schuldners

Inaugural-Dissertation

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Lang

Rechtspraktikant aus Mainz

München 1906

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung

Oskar Beck

Referent: Professor Jaeger

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Das gesetzliche Aufrechnungsrecht nach dem bürgerlichen Recht.

Zweiter Abschnitt.

Die Aufrechterhaltung bestehender Aufrechnungsrechte im Konkurs des Schuldners.

Berichtigungen.

Seite 5 Zeile 2 von unten anstatt des lies das.
Seite 17 Zeile 10 von oben anstatt der lies durch den.
Seite 18 Zeile 4 von unten nach durch lies den.
Seite 29 Zeile 10 von oben anstatt Aufrechnung lies Abtretung.
Seite 97 Anm. 9 Zeile 7 von oben anstatt Ausfall lies Aufrechnung.

Erster Abschnitt.

Das gesetzliche Aufrechnungsrecht nach dem bürgerlichen Recht.

I. Voraussetzungen.[1])

§ 1. Persönliche Forderungen.

Die erste Voraussetzung der Entstehung des Aufrechnungsrechts ist das Bestehen zweier privatrechtlicher[2]) Forderungen aus Schuldverhältnissen, soweit sie nach den Bestimmungen des zweiten Buchs des BGB. entstehen oder sich aus den Materien der übrigen Bücher ergeben, z. B. §§ 2174/76 BGB.[3])

Nicht aufrechenbar sind sachen-, familien-, und erbrechtliche Ansprüche als solche; wohl aber können es die an ihre Stelle tretenden Interesse- oder Deliktsansprüche sein, z. B. § 992 BGB.[4]) Der Hypotheken- oder Pfandgläubiger kann also mit dem dinglichen Anspruch nicht aufrechnen (wohl aber mit der persönlichen Forderung). Umgekehrt aber darf der Eigentümer als solcher in den Fällen der §§ 1142, 1190, 1192, 1200, 1107, 1224 mit

---

[1]) Zum Zweck der Abkürzung wird, dem Sprachgebrauch Cosacks I. Band § 111 entsprechend, die Forderung, mit der aufgerechnet wird, als Aktivforderung, und die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, als Passivforderung bezeichnet.

[2]) Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, S. 115/116.

[3]) Planck, Bd. II Vorbemerkung S. 3/4, Schollmeyer, Vorbem. 5, Staudinger (Kuhlenbeck) Bd. II S. 1, 3 und 4, Rehbein Bd. II S. 11.

[4]) Weigelin S. 52 Anm. 1, Planck zu § 387 1 c, Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 83, Kipp S. 459 1 dem Sinne nach ebenso.

einer ihm gegen den Hypotheken-, Grund-, Rentenschuld-, Reallast- oder Faustpfandgläubiger zustehenden persönlichen Forderung aufrechnen. In diesen Fällen fehlt es an einer persönlichen Passivforderung.[5]) Aufgerechnet wird gegen den dinglichen Anspruch gegen den Eigentümer der belasteten Sache in den Fällen der §§ 1142, 1190, 1192, 1200, 1224.[6]) Auch im Falle des § 268 BGB. fehlt es an einer Forderung desjenigen, gegen den der ablösungsberechtigte Dritte aufrechnet, an den letzteren.

Die herrschende Lehre, außer Siber, sieht in diesen Fällen Ausnahmen vom Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen.[7])

§ 2. Rechtsbeständigkeit der Forderungen.

a) Die Aktivforderung.

Mit nichtigen, z. B. aus wucherischen (§ 138 BGB.), oder aus mangels vertragsmäßiger oder gesetzlicher Form nichtigen Geschäften hergeleiteten, oder rechtskräftig abgesprochenen Forderungen kann nicht aufgerechnet werden, ebenso nicht mit Forderungen aus unvollkommenen Schuldverhältnissen. §§ 656, 762, 764 BGB., §§ 66, 50 Börsengesetz vom 22. Juni 1896. Das ergibt sich für die erstere Kategorie aus dem Wort „schulden" in § 387 BGB., für die letztere daraus, daß bei ihnen nicht, wie es § 387 BGB. verlangt, die gebührende Leistung gefordert werden kann.

---

[5]) So auch Siber S. 89c.

[6]) Bei der Grund- und Rentenschuld besteht ein persönlicher Anspruch überhaupt nicht; trotzdem ist das Aufrechnungsrecht gegeben. Staudinger zu § 1142 N. 4.

[7]) Planck zu § 268 Ziff. 4, Schollmeyer ebenda N. 1 Abs. II, Jäger zu § 53 KO. Anm. 8a, Endemann I S. 827 Anm. 1, Weigelin S. 47. Letzterer meint S. 59, auch ohne diese Spezialbestimmungen könne an der Zulässigkeit dieser Aufrechnung kaum gezweifelt werden. Dabei übersieht er aber, daß es sich nicht um persönliche Schulden im Sinn des § 241 BGB. handelt, sondern um Sachhaftungen, bezw. bei § 268 BGB. um ein Pfändungspfandrecht. Andrer Ansicht Schäfer, Zeitschr. f. Rechtspfl. 1905 S. 439 Abs. III, weil sich das schon aus § 387 ergebe.

Eine mit solchen Forderungen erklärte Aufrechnung ist unwirksam und bringt die Passivforderung nicht zum Erlöschen.

Die Aufrechnung mit einredebehafteten Forderungen ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 390 BGB. verboten.

Die Bestimmung war notwendig, da das Bestehen einer Einrede dem Gläubiger nicht das Recht nimmt, die ihm trotz der Einrede gebührende Leistung zu verlangen.[1])

Da die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 263 Ziff. 1 ZPO.) keine Einrede im Sinn des BGB. ist, schließt § 390 BGB. die Aufrechnung mit einer rechtshängigen Forderung nicht aus.[2]) Die Ausnahme des § 390 Satz 2 ist von Bedeutung für die Konstruktion des Aufrechnungsrechts. Weitere Einschränkungen des durch § 390 Satz 2 gegebenen Rechts vgl. §§ 479, 639 BGB., 414, 423, 439 HGB.[3])[4])

---

[1]) Siber S. 90. Der Entwurf zur Börsengesetznovelle, der den Registereinwand nach § 66 I in eine Einrede im technischen Sinn — Leistungsverweigerungsrecht — umgestalten will, will entgegen § 390 BGB. dem Gläubiger dieser Forderung ein Aufrechnungsrecht, wenn auch beschränkt auf Passivforderungen aus anderen Börsentermingeschäften geben. Dasselbe soll für den Fall des § 51 III des Entwurfs (untersagter Börsenterminhandel) gelten. Vgl. Nußbaum, Die Novelle zum Börsengesetz, 1904, S. 13/14.

[2]) Seuffert zu § 263 ZPO. 2 I η.

[3]) Zu § 479 BGB. s. RG. Bd. 56 S. 169 ff.

[4]) Es sei hier kurz auf den besonderen Fall der Anwendung des § 390 BGB. hingewiesen, der in der gerichtlichen Praxis öfter vorkommt, daß die Aufrechnungsunfähigkeit der Aktivforderung deshalb behauptet wird, weil ihr die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273/74 BGB. gegenüberstehe.

Beispiel: A klagt gegen B auf rückständigen Mietzins. B erklärt, mit einer Schadensersatzforderung nach § 538 BGB. aufzurechnen. A macht aber replicando geltend, daß B mit dieser Schadensersatzforderung nicht aufrechnen könne, da derselben die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 wegen der rückständigen Mietzinsforderung entgegenstehe. Der Fall ist verschieden zu beurteilen, je nachdem die Mietzinsforderung für eine frühere oder dieselbe Zeit geltend gemacht wird, für die der Beklagte aufrechnungsweise Schadensersatz nach § 538 verlangt. Im letzteren Fall hängt die Entscheidung der Frage, ob § 273 BGB. Anwendung finden kann, davon ab, was man unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 538 BGB. versteht;

Eine Ausnahme von § 390 Satz 1 ist es auch, daß die Ein-

---

es taucht also die für die §§ 325 und 326 BGB. so vielfach behandelte Streitfrage auch hier auf. Ist derselbe so aufzufassen, daß die Gegenleistung des Ersatzberechtigten, hier also die Mietzinsschuld bestehen bleibt und der Mieter nur den Schaden ersetzt beanspruchen kann (gegen Zahlung des Mietzinses), den er durch die Nichtgewährung oder Gebrauchsminderung der Mietsache während dieser Zeit erlitten hat (so Planck zu § 325 1 a, 326 1; Schollmeyer §§ 325 N. 2, 326 N. 3), so bestehen Mietzins- und Schadensersatzanspruch selbständig weiter und es ist dann möglich, daß der Kläger gegen die Aufrechnung mit dem letzteren die Einrede aus § 273 wegen des ersteren geltend macht. Für diesen Fall wird man jedoch mit Weigelin S. 54 Anm. 16 eine Ausnahme von § 390 BGB. machen und die Aufrechnung gegen die Forderung gestatten dürfen, durch die die Zurückbehaltungseinrede gegeben ist. Ist der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aber mit dem Reichsgericht Bd. 50 S. 262 ff. und Juristische Wochenschrift 1905 S. 686[8], Rehbein Anm. 36, Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 20 ff. und in den „positiven Vertragsverletzungen“, Staudinger (Kuhlenbeck) Bd. II S. 150/51 und 155/156, u. a. so aufzufassen, daß der Ersatzberechtigte seine Gegenleistung nicht zu machen braucht und als Schaden die Differenz beanspruchen kann, die sich bei Vergleichung seines Vermögensstandes bei ordnungsmäßiger Erfüllung mit dem jetzigen Zustand infolge beiderseitiger Nichterfüllung ergibt (hier z. B. die Summe, um die er höher hat mieten müssen), so erlischt mit dem Moment, in dem er als Mieter den Schadensersatzanspruch zu verlangen erklärt, der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses für die Zeit, für die der Anspruch nach § 538 begründeterweise geltend gemacht ist (cf. RG. l. c. S. 264: „an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien tritt ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schadens ꝛc.“, und in der angeführten Entscheidung J. W. 1905 und Staub Anm. 21). Dann besteht die eingeklagte Mietzinsforderung nicht mehr, denn sie ist in dem Zeitpunkt, in dem der Beklagte den Schadensersatzanspruch beansprucht, dadurch erloschen. Daher kann der Beklagte ihr gegenüber auch nicht mehr aufrechnen und eine Anwendung des § 273 mit 390 auf die Aufrechnung ist ausgeschlossen. Das Ziel der Klagabweisung erreicht der Beklagte aber doch, insoweit sein Anspruch nach § 538 begründet ist. Denn das Gericht muß die Klage abweisen, weil die Mietzinsforderung infolge des begründeten Anspruchs aus § 538 nicht mehr besteht und in der Erklärung der Aufrechnung diese Behauptung, wenn auch aus einem falschen rechtlichen Gesichtspunkt heraus, enthalten ist (rechtsaufhebende Einwendung).

Wird der Mietzins für eine frühere Zeit eingeklagt, als für die der Schadensersatz verlangt wird, so stehen sich beide Ansprüche selbständig gegen-

reden aus §§ 1973, 1990 BGB. die Aufrechnung nicht ausschließen.[5])

Besonders zu behandeln sind die Fälle, bei denen die Aktivforderung aus einem Schuldverhältnis entspringt, das nach den §§ 119 bis 123 BGB. von der einen oder anderen Seite angefochten werden kann.

Beispiel: A rechnet mit einer Forderung aus einem Kauf gegen B, bei dem er den B betrogen hat oder bei dem B ein nach § 119 erheblicher Irrtum unterlaufen ist, gegen eine Forderung des B gegen ihn auf, bevor B von der Täuschung oder dem Irrtum Kenntnis erhält. §§ 121, 124.

Kann hier B nach erklärter Aufrechnung durch A noch anfechten mit der Wirkung, daß die aufgerechnete Forderung des A rückwirkend als nichtig gilt? Das ist zu verneinen. Solange nicht angefochten wird, ist die Forderung des A rechtsbeständig, der § 390 ist nicht anwendbar, denn das Anfechtungsrecht ist kein Einrederecht. Sind aber die Forderungen im Moment der Aufrechnungserklärung rechtsbeständig, so hat die Aufrechnung tilgende Kraft, die aufgerechnete Aktivforderung ist erloschen und für eine Anfechtungserklärung kein Raum mehr.[6])

Nimmt man im obigen Beispiel das Anfechtungsrecht auf Seite des A an, so kann man, wenn A in Kenntnis desselben

---

über, § 273 wäre demnach anwendbar. Allein das bei Weigelin S. 54[16] Gesagte gilt auch hier.

[5]) Staudinger zu §§ 1973 VI, 1990—92 III, Weigelin S. 55/56. Das bezieht sich aber nur auf Forderungen des Erblassers an den Nachlaßgläubiger als Passivforderungen.

[6]) Anderer Ansicht die Motive zum BGB. Bd. II S. 832 unten (ohne Begründung), Schollmeyer zu § 390 2, Weigelin S. 53[7], 176 d, Crome Bd. II S. 290, Hellwig Bd. I S. 234[19] (eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehle, weil sie überflüssig sei), Langheineken S. 133/34, Zitelmann Bd. I S. 36 δ, Rehbein Bd. II S. 343 II. Dabei wird aber übersehen, daß für das Anfechtungsrecht als akzessorisches Recht kein Raum mehr sein kann, wenn das bis zu seiner Ausübung vollwirksame Hauptrechtsverhältnis gültig auf andere Weise erloschen ist. Die Frage eines Anspruchs aus § 826 BGB. steht hier nicht zur Entscheidung.

aufrechnet, darin einen stillschweigenden Verzicht auf dasselbe erblicken. Allein auch wenn A in Unkenntnis desselben aufrechnet, kann er den Erfolg der Aufrechnung nicht durch Anfechtung rückgängig machen. Denn die eingetretene Wirkung der Aufrechnungserklärung bleibt bestehen und daran kann auch die rückwirkende Kraft der Anfechtung nichts ändern. Denn diese betrifft nur den Inhalt und die Wirkung, nicht aber die Voraussetzung der Anfechtung.[7])

In Frage kann nur eine etwaige Anfechtung der Aufrechnung wegen Irrtums kommen, um dadurch die tilgende Wirkung derselben wieder rückgängig zu machen und dann nachher die versäumte Anfechtung erklären zu können. Allein die Voraussetzungen der Anfechtung der Aufrechnungserklärung nach § 119 BGB. sind nicht gegeben. Weder liegt ein Irrtum in der Erklärungshandlung noch ein solcher über wesentliche Eigenschaften der Person oder Sache vor, letzterer schon deshalb nicht, weil von einer Sache nach § 90 BGB hier keine Rede sein kann.[8])

b) Die Passivforderung.

1. Ist diese absolut nichtig oder angefochten, so ist die Aufrechnungserklärung von selbst unwirksam, die Aktivforderung ist bestehen geblieben und es bedarf nicht erst einer Kondiktion derselben.[9]) Eine Ausnahme vom Erfordernis des Bestehens der Schuld bildet der § 357 BGB.[10]) Keine Ausnahme von diesem Erfordernis ist der Fall des § 554 II BGB.[11]) § 554 II betrifft nicht eine Frage der Voraussetzungen des Aufrechnungsrechts, sondern eine mit der Rückwirkung des § 389 BGB. zusammenhängende Frage.

---

[7]) Damit erledigt sich die Berufung Schollmeyers und Rehbeins auf § 142 BGB.

[8]) Anderer Ansicht hier Weigelin S. 65[19].

[9]) Planck § 387 2, Schollmeyer § 387 1 d, Siber S. 92 β, Weigelin S. 59/60, Kipp S. 442 2 a. A. A. die bei Weigelin S. 60 Anm. 6 Zitierten.

[10]) Siber S. 112, Planck zu §§ 357, 387 1 b, 554 3, 389 3. Andere Konstruktionen bei Weigelin S. 61, 129, 169, Schollmeyer § 357 und § 389 2.

[11]) Weigelin S. 61[9], Planck zu §§ 554 3, 389 2, anders allerdings zu § 387 1 b.

Nach § 554 I schließt die vorherige Befriedigung des Vermieters die Kündigung aus. Die Aufrechnung steht der Befriedigung gleich und infolge der Rückwirkung der Aufrechnung nach § 389 BGB. gilt die Befriedigung durch Aufrechnung, auch wenn dieselbe nach der Kündigung erklärt wird, als vor der Kündigung eingetreten und damit § 554 I Satz 2 als gegeben. Jedoch soll diese Unwirksamkeit der Kündigung nur dann eintreten, wenn die Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung erklärt wird.[12])

2. Streit besteht, ob die Aufrechnung gegen nicht erzwingbare Passivforderungen zulässig ist oder nicht.[13]) Die Unzulässigkeit ergibt sich aus folgender Erwägung.

Die Passivforderung muß eine solche sein, deren Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 387 BGB.). Der Berechtigung des Schuldners zur Leistung entspricht aber als Korrelat eine Annahmepflicht des Gläubigers, die den Schuldner berechtigen würde, z. B. die Wirkungen des Annahmeverzugs herbeizuführen, oder ihre Feststellung im Weg der Feststellungsklage zu bewirken.[14])

Daß er dies nicht kann, ergibt sich aus § 762 BGB. und den weiteren einschlägigen Paragraphen. Daher ist auch die Aufrechnung unzulässig.

3. Die Aufrechnung gegen Forderungen, die angefochten werden können, vor erfolgter Anfechtung, ist zulässig.[15]) Unhaltbar ist aber aus den oben (N. 6 und 7) angeführten Gründen die Behauptung, durch die nach erfolgter Aufrechnung erklärte Anfech-

[12]) Nach den Protokollen II S. 2601—2604 war man sich nicht einig, ob in § 554 II eine Erweiterung oder Beschränkung des in § 389 aufgestellten Grundsatzes liege.

[13]) Dafür Jäger § 53 KO. Anm. 3 und die bei Weigelin S. 62 Anm. 14 Zitierten, sowie Schollmeyer § 387 1 d, Rehbein S. 344 N. 20 II, Kipp S. 449 2; dagegen Siber S. 93 Anm. 1, Weigelin S. 62[12] ff., Planck § 387 1 b.

[14]) Durch Leistungsklage deshalb nicht, weil eine Leistungspflicht des Gläubigers bezüglich der Annahme nur ausnahmsweise besteht, §§ 433 II, 640 I BGB.

[15]) Weigelin S. 61[10], Crome Bd. II S. 297; Schollmeyer zu § 390 2 behandelt nur den Fall der Aktivforderung, ebenso Rehbein Bd. II S. 343.

tung werde die Wirkung der Aufrechnung mit rückwirkender Kraft getilgt.[16]) Ebenso ist auch eine Anfechtung der Aufrechnungserklärung, wie bei N. 8 ausgeführt ist, ausgeschlossen und es kann daher auch nicht die Rede von einem Bereicherungsanspruch sein.

4. Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen einredebehaftete Passivforderungen ergibt sich schon aus § 390 BGB. e contrario.[17])

α) Geschieht die Aufrechnung in Kenntnis des Einrederechts, so enthält sie einen stillschweigenden Verzicht auf dasselbe;[18]) ein Bereicherungsanspruch ist dann ausgeschlossen. Dieses Ergebnis folgt aber nicht, wie Planck und Schollmeyer annehmen, aus § 814 I Fall 1 BGB.; denn einredebehaftete Forderungen sind nicht solche, wie sie § 814 voraussetzt, bei denen eine Verpflichtung zur Leistung nicht besteht;[19]) es folgt aus dem stillschweigenden Verzicht.

β) Bei Unkenntnis des Einrederechts wird in folgenden Fällen ein Bereicherungsanspruch des Aufrechnenden zugelassen:[20])

a) bei zerstörlicher Einrede (nicht bloß verzögerlicher) außer im Fall der Verjährungseinrede § 813 BGB.,
b) wenn die Erfüllung der einredebehafteten Passivforderung einer sittlichen oder Anstandspflicht nicht entsprach, § 814 I Fall 2 BGB.

Der Bereicherungsanspruch geht nach Planck auf Wiederherstellung beider Forderungen, so wie sie vor der Aufrechnung bestanden haben, nach Schollmeyer nur auf Werterſatz der Aktivforderung nach § 818 II BGB.[21]), weil in der Anstellung der Bereicherungsklage die Verweigerung der dem Aufrechnungsgegner geschuldeten Leistung aus der einredebehafteten Passivforderung liege. Die

---

[16]) So Weigelin l. c.; s. Kipp bei Windscheid Bd. II S. 441 unten für den Fall der Zahlung der anfechtbaren Forderung.

[17]) Siber S. 90, Planck § 390 3, Schollmeyer § 390 4, Weigelin S. 62 und 64 [18].

[18]) Vgl. hierzu Siber S. 91 a α.

[19]) Ebenso Siber S. 90 c Abs. I a α.

[20]) Planck, Schollmeyer, Siber l. c., insbes. S. 92 oben.

[21]) Unter Verweisung auf § 365 2 a β seines Kommentars; siehe aber Planck zu § 365 1 Abs. II a. E.

letztere Ansicht mag praktischer sein; allein vom juristischen Standpunkt aus ist Plancks Ansicht vorzuziehen. Denn ohne rechtlichen Grund erlangt ist die Tilgung von Aktiv- und Passivforderung, die nachherige Verweigerung in der Bereicherungsklage ist ein neueintretendes Moment, das den Umfang der Herausgabepflicht nicht betrifft. Schollmeyer ist nur soviel zuzugeben, und praktisch wird er insofern recht behalten, als es dem Aufrechnenden natürlich unbenommen bleibt, im Klageantrag nur Herstellung seiner Aktivforderung zu verlangen und die Einrede hinsichtlich der Passivforderung zu bringen. Der abstrakt mögliche Umfang der Herausgabepflicht jedoch ist der bei Planck angeführte.[22])

§ 3. Fälligkeit der Forderungen.

a) Im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung muß der aufrechnende Gläubiger die Erfüllung der Aktivforderung verlangen können.

Bei unbestimmter oder aus den Umständen nicht zu entnehmender Leistungszeit ist die Aufrechnung also sofort mit der Entstehung des Schuldverhältnisses zulässig (§ 387 mit 271 I BGB.), bei bestimmter Leistungszeit im Zweifel nicht vor Eintritt dieses Zeitpunkts. § 271 II BGB. Die Bestimmung des § 271 II bezieht sich nur auf betagte, d. i. die Forderungen, die schon vor Eintritt des Zeitpunktes entstanden sind, deren Geltendmachung nur bis zu diesem Zeitpunkt hinausgeschoben

---

[22]) Die Ansicht Weigelins S. 64 ff., der die Anwendung der §§ 813/14 BGB. ausschließt, dagegen eine Anfechtung des in der Aufrechnung enthaltenen Verzichts auf die Einrede wegen Irrtums nach § 119 BGB. zuläßt, da sich im Fall der Unkenntnis der Einrede Wille und Erklärung nicht decken, womit dann nach § 142 der Verzicht und nach § 139 BGB. auch die Aufrechnungserklärung wegfielen, ist nicht richtig. Denn ein solcher stillschweigender Verzicht kann auch nicht als bloße Erklärungshandlung in der Aufrechnung erblickt werden. Daher fehlen die Erfordernisse des § 119 I, ebenso aber auch die des Abs. II, da eine Sache nicht vorliegt. Die weiter dort gemachten Ausführungen erübrigen sich damit.

ist.[1]) Die Aufrechnung mit befristeten, d. i. solchen Aktivforderungen, bei denen nicht nur die Geltendmachung, sondern auch die Entstehung bis zum Eintritt des Zeitpunktes aufgeschoben ist, für die allein § 163 BGB. Geltung hat,[2]) ist nicht nach § 271 II, sondern schon nach den Bestimmungen des § 387 BGB. unzulässig, weil vor Eintritt des Zeitpunktes hier noch gar kein Schuldverhältnis, also auch noch kein Leistungsanspruch besteht.[3])

Die aufgestellten Sätze gelten nicht nur für die rechtsgeschäftlich, sondern auch für die gesetzlich betagten oder befristeten Forderungsrechte.[4]) In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle werden für die hier behandelte Frage nur betagte Forderungsrechte in Betracht kommen; denn auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse ist die Gestaltung, daß das Schuldverhältnis sofort entstehen und nur die Geltendmachung hinausgeschoben werden soll, die Regel.[5])

Allein damit kann man der Grundfrage, ob überhaupt auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse rechtsgeschäftlich oder gesetzlich befristete Ansprüche vorkommen[6]) oder ob hier nur betagte For-

---

[1]) Cf. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 51[4, 5] über diese Begriffe, insbes. Anm. 4 für § 271 II, sodann S. 63 N. 17, E. I z. BGB. § 141, Motive zum BGB. I S. 269, II 37 β, Planck zu § 163 BGB. 1, Staudinger ebenda 3, insbes. Abs. II, Endemann § 79 Anm. 9. Schollmeyer S. 81 scheint anderer Ansicht, denn er behauptet allgemein für betagte Schuldverhältnisse vor Eintritt des Termins nur Gebundenheit, aber noch keine Entstehung des Schuldverhältnisses. Cf. auch Rehbein I S. 241: „Befristung im Sinn des § 163 betrifft die Wurzel des Rechts, Betagung die Fälligkeit".

[2]) Staudinger zu § 163 Anm. 3, Motive I S. 269, Rehbein I S. 240 III a, 241 Abs. II, Seufferts Archiv Bd. 57 S. 217.

[3]) Langheineken S. 51 ff.

[4]) Cf. Langheineken S. 53 Abs. II.

[5]) Motive zum BGB. I S. 269, Staudinger zu § 163 3. Cf. die bei Langheineken S. 67 ff. angeführten Fälle gesetzlicher Betagtheit von Forderungsrechten. Hellwig, Anspruch 2c. S. 60[20]: „der dies a quo (i. e. Befristung) kommt bei Obligationen kaum vor". Rehbein I S. 242 Zeile 4 von unten. E. I zum BGB. § 141 hatte die „Betagtheit" überhaupt als Regel, sofern nicht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts erhelle, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Termin eintreten solle.

[6]) Cf. Endemann § 79 Anm. 10.

derungen auftreten,[7]) nicht aus dem Wege gehen.[8]) Die Frage muß, da es im Parteibelieben steht, über die sofortige oder nach § 163 BGB. an ein gewisses zukünftiges Ereignis geknüpfte Entstehung des Schuldverhältnisses zu entscheiden, im ersteren Sinn entschieden werden; allein die wenigen Fälle gesetzlicher Befristung,[9]) die zudem für die Aufrechnung nicht in Betracht kommen, ergeben, daß für die Aufrechnungsfrage nur rechtsgeschäftlich befristete (neben den betagten) Forderungen in Betracht kommen, und für deren Häufigkeit gilt das in Note 5 Gesagte.

Bei verzögerlichen Einreden ist, solang der Aktivforderung die Einrede gegenüber steht, die Aufrechnung nicht zulässig. § 390 BGB. Eine Ausnahme machen die Motive ohne Begründung, wenn es sich um eine aus Nachsicht gestundete Aktivforderung handelt.[10]) Die Aufrechnung mit aufschiebend bedingten Forderungen vor Eintritt der Bedingung ist ausgeschlossen. Das gilt für rechtsgeschäftlich und gesetzlich bedingte Forderungen[11]) und zwar sowohl für bedingte Forderungen, deren Entstehung auf ein zukünftiges ungewisses Ereignis hinausgeschoben ist — technisch bedingte Forderungen genannt, für die allein die §§158 ff. gelten, — als auch für solche bedingte Forderungen, die gegenwärtig bestehen, deren Geltendmachung aber auf das zukünftige ungewisse Ereignis hinaus-

---

[7]) So Enneccerus I S. 265.

[8]) Daß die Schuldverhältnisse hauptsächlich das Gebiet der betagten Ansprüche sind, betonen schon die Motive, ebenso Endemann; letzterer führt auch aus, daß die betagten Ansprüche nur bei den Schuldverhältnissen, nicht auch im Sachenrecht u. s. w. vorkommen (cf. die Beispiele bei Langheineken S. 67), daß aber im Gebiet der Schuldverhältnisse sich auch befristete Forderungen aufweisen lassen.

[9]) Langheineken S. 70 ff. führt sie auf.

[10]) Motive zum BGB. II S. 105, Siber S. 96 II, Kuhlenbeck § 387 I 5, Endemann S. 829[11], 776 3 Anm. 21—25. Der Grund liegt darin, daß hier die Fälligkeit nicht hinausgeschoben wird, cf. Endemann S. 519[45], 453[14]; vgl. aber Planck zu § 390 1, der bei wirklicher vertragsmäßiger Stundung wohl richtigerweise die Zulässigkeit der Aufrechnung verneint. Cf. Rehbein II 343 Abs. II, ebenso Kipp S. 450. S. unten § 36 Note 9.

[11]) Langheineken S. 53 Abs. II, Schollmeyer S. 327 vor N. 2 a. E.

geschoben ist — bedingt wirksame Forderungen.[12]) Denn bei beiden Arten besteht vor Eintritt der Bedingung kein Leistungsanspruch.[13])

Die Aufrechnung mit auflösend bedingten oder mit einem Endtermin versehenen Forderungen ist zulässig,[14]) denn ihre Erfüllung kann verlangt werden. Tritt nach erklärter Aufrechnung die Bedingung oder der Endtermin ein, so liegt ein Fall der condictio causa finita vor[15]) (§ 812 Abs. I S. 2 Fall 1) und es erwächst für den Aufrechnungsgegner, nicht für den Aufrechnenden ein Bereicherungsanspruch auf Wiederherstellung seiner sine causa getilgten Passivforderung.[16])

b) Während Voraussetzung der Aufrechnungsfähigkeit der Aktivforderung ist, daß der Aufrechnende die Leistung derselben fordern kann, wird dieses Erfordernis für den Aufrechnungsgegner hinsichtlich der Passivforderung nicht verlangt; vielmehr ist nur erforderlich, daß der Aufrechnende im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zur Leistung seiner Schuld aus der Passivforderung berechtigt ist. Dies ist bei unbestimmter Leistungszeit mit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Fall. § 271 I BGB. Aus § 271 II BGB. ergibt sich für betagte Forderungen, daß im Zweifel die Aufrechnung gegen betagte Forderungen vor Eintritt des Termins zulässig ist.[17]) Die Aufrechnung gegen befristete For-

---

[12]) Langheineken S. 51 ff.

[13]) Schollmeyer § 387 1 e, Planck § 388 3, Siber S. 116 Abs. 3.

[14]) Schollmeyer § 388 2 b, Planck § 388 3.

[15]) Planck Bd. II S. 581 Abs. II, Schollmeyer l. c., Weigelin S. 53 [13], [14], Endemann S. 829 [11].

[16]) Planck § 388 3, § 818 2 a Abs. I letzter Satz. Siber S. 116/17 läßt die Aufrechnung zu, behauptet aber, mit Eintritt der Bedingung falle der Aufrechnungserfolg nach § 158 II BGB. wieder rückwärts weg. Diese Anschauung beruht auf einer falschen Auffassung des § 158 II, der die dingliche Rückwirkung, von der allein aus Sibers Ansicht zu halten wäre, gerade ausschließt. Cf. Staudinger § 158 8, Planck § 158 3.

[17]) Planck § 388 3 mit § 387 1 e a. A., Weigelin S. 67 [27], von dessen Standpunkt aus § 271 II keine Bedeutung hat.

derungen wird durch §§ 271 II, 387 BGB. nicht zugelassen.[18]) Bei diesen besteht vor Eintritt des Termins kein Leistungsrecht des Schuldners, da das Schuldverhältnis als solches vorher gar nicht entstanden ist.

Unzulässig ist die Aufrechnung gegen aufschiebend bedingte Forderungen, weil vor Eintritt der Bedingung der Aufrechnende zur Leistung nicht berechtigt ist.[19])

Dagegen steht der Aufrechnung gegen eine auflösend bedingte Forderung nichts im Weg.[20])

Tritt nach erklärter Aufrechnung die Bedingung ein, so erlangt der Aufrechnende einen Bereicherungsanspruch auf Wiederherstellung seiner sine causa getilgten Aktivforderung.[21])

Hinzuweisen ist endlich hier noch darauf, daß in den Fällen der §§ 1141, 1142, 1193 (1200), 268, 1150, 1249 Besonderheiten hinsichtlich der Fälligkeit des dinglichen Anspruchs bestehen, gegen den aufgerechnet wird.[22])

---

[18]) Denn § 271 II gilt nur für betagte Forderungen. Daß er nicht auch für befristete gelten kann, ergibt sich daraus, daß sonst der Schuldner das Schuldverhältnis durch seine Leistung nach § 271 II zum Erlöschen bringen könnte (§ 362 BGB.), bevor es noch entstanden ist.

[19]) Planck § 388 3, Schollmeyer § 387 1 c, Weigelin S. 67 [26].

[20]) Schollmeyer § 388 2 b, Siber S. 116 3, Weigelin S. 62 [11] und 66.

[21]) Planck zu § 388 3 gibt den Bereicherungsanspruch in analoger Anwendung des § 814 BGB. nur dann, wenn der Aufrechnende bei der Aufrechnung von der auflösenden Bedingung nichts wußte. Diese Analogie von dem Fall der Kenntnis einer Nichtschuld auf unseren Fall dürfte aber zu weit gehen. Der Bereicherungsgrund (§ 812 I Satz 2 Fall 1) tritt ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis ein. Weigelin S. 62 stellt hier auch darauf ab, ob die Aufrechnung mit oder ohne Kenntnis der Bedingung geschah, nimmt im ersten Fall einen Verzicht auf die Bedingung an nnd gibt im letzteren Fall das Anfechtungsrecht gegen diesen Verzicht nach § 119 wie oben § 2 Anm. 8 und 22. Die Sachlage ist aber hier doch genau so wie bei der auflösend bedingten Aktivforderung und da gibt er selbst den Bereicherungsanspruch (S. 54 [13], [14]).

[22]) Näheres bei Siber S. 95/96.

§ 4. Gleichartigkeit der Forderungen.

Weitere Voraussetzung der Aufrechenbarkeit ist Gleichartigkeit des Gegenstands der Forderungen, d. h. dessen was nach § 241 BGB. den Inhalt der Leistungspflicht bildet, im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung. Frühere Ungleichartigkeit, z. B. jetzt Interesseforderung, früher Forderung auf eine species,[1]) hindert die Aufrechnung nicht; die Aufrechnungserklärung wirkt aber in diesem Fall nur auf den Zeitpunkt zurück, in dem diese Ungleichartigkeit zuerst nicht mehr bestand.

Die Ungleichartigkeit des Entstehungsgrunds, Vertrag, Gesetz oder unerlaubte Handlung (letztere aber nur, soweit nicht § 393 BGB. einschlägt) schließt die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht aus; ebensowenig die Ungleichheit des Zwecks der Leistung. Jedoch kann in diesem Fall ein stillschweigender vertragsmäßiger Ausschluß der Aufrechnung durch die Parteien angenommen werden.[2])

Verschiedenheit des Leistungsorts oder Ablieferungsorts (§ 270 BGB.) hindert die Aufrechnung nicht, weil nach Anschauung des Gesetzes der Leistungsort nicht zum Gegenstand der Leistung, wenn auch zum Inhalt der Forderung gehört.[3]) Jedoch muß der Aufrechnende dem anderen Teil allen dadurch entstandenen Schaden ersetzen, daß derselbe infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Ort erhält oder bewirken kann. Hat der Ersatzberechtigte dadurch, daß er infolge der Aufrechnung seinen mit einem Dritten geschlossenen Vertrag nicht erfüllen konnte, eine Vertragsstrafe verwirkt, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auch auf diese Vertragsstrafe.[4]) Der Ersatz erfolgt, da eine Wiederherstellung des früheren Zustands unmöglich ist, in Geld.[5])

---

[1]) Planck § 387 1 c.

[2]) Vgl. RG. Bd. 52 S. 303 ff., Weigelin S. 105 [8], Rehbein II S. 340 II. Planck l. c. nimmt Ungleichartigkeit des Gegenstandes der Leistung an.

[3]) So Schollmeyer zu § 391 1.

[4]) Vgl. Kuhlenbeck (Staudinger) § 391 2.

[5]) Der ersatzpflichtige Aufrechnende kann den Ersatz dadurch leisten, daß er, falls seine Aktivforderung größer ist als die Passivforderung, den

Verschiedenheit der Leistungszeit beeinträchtigt die Gleichartigkeit nicht. Es gilt aber im Zweifel als zwischen den Parteien vereinbart, daß der Schuldner einer an bestimmtem Ort zu bestimmter Zeit zu machenden Leistung gegen diese Passivforderung mit einer Forderung, für die ein anderer Leistungs**ort** besteht, nicht aufrechnen kann.[6])

Gleichartig sind Forderungen auf Leistung derselben vertretbaren Sache, insbesondere Geldforderungen, wenn nicht eine bestimmte Münzsorte zu **leisten** ist.[7])

Bei Forderungen auf eine **bestimmte** einzelne Sache (species) ist die Gleichartigkeit nur dann gegeben, wenn beide Teile ein und dieselbe Sache zu leisten haben.[8])

Gattungsschulden derselben Gattung sind gleichartig.[9]) Wenn die Gattungen verschiedenen Umfang haben, so ist die Aufrechnung überhaupt ausgeschlossen; denn auch die engere Gattung ist gegenüber der weiteren nicht gleichartig.[10]) Stehen sich Spezies- und Gattungsforderung gegenüber (A hat eine bestimmte Sache x zu fordern und eine Sache, die zur Gattung x gehört, an B zu liefern), so lassen Siber und Weigelin[11]) die Aufrechnung mit der Speziesforderung gegen die Gattungsschuld zu, nicht aber umgekehrt

---

Überschuß gegen den Ersatzanspruch aufrechnet. Jedoch ist es unrichtig, wenn Weigelin S. 105[10] annimmt, **beide** Aufrechnungen könnten in einer Erklärung zusammengefaßt werden. Denn der Schadensersatzanspruch entsteht erst durch die Aufrechnungserklärung, vorher besteht also die Passivforderung für die zweite Aufrechnung noch gar nicht.

[6]) Cf. Planck § 391 3, Schollmeyer § 391 3. § 391 II gilt nur, wenn die Passivforderung derartig bestimmt ist und nur für den Schuldner der Passivforderung. Hingegen kann der Gläubiger dieser Passivforderung mit derselben gegen seine Schuld mit anderem Leistungsort aufrechnen. Arg. e contrario § 391 II, cf. Kipp S. 450.

[7]) Schollmeyer § 387 1 b, Weigelin S. 104[2,3].

[8]) Siber S. 109 b, Kuhlenbeck (Staudinger) § 387 I 2 a.

[9]) Schollmeyer § 387 I b.

[10]) Siber § 109 c, Weigelin S. 107[15] lassen die Aufrechnung gegen die weitere Gattungsschuld zu.

[11]) Siber S. 109 1 a, Weigelin S. 106[12,13].

die Aufrechnung mit der Gattungforderung gegen die Speziesschuld. Es dürfte jedoch in beiden Fällen die Aufrechnung ausgeschlossen sein, wenn der Gläubiger der Speziesforderung ein Interesse hat, gerade die Spezies zu bekommen. Dann fehlt die Gleichartigkeit.

Wahlforderungen, bezw. -schulden sind, auch wenn auf der anderen Seite eine Speziesschuld, bezw. -forderung steht, soweit aufrechenbar, als durch die Wahlerklärung infolge der Konzentration des Schuldverhältnisses die Gleichartigkeit eintritt, § 263 BGB. In der Aufrechnungserklärung kann die die Aufrechnung ermöglichende Wahl erblickt werden. Die Rückwirkung der erklärten Aufrechnung nach § 389 tritt aber trotz § 263 II BGB. nur bis auf den Zeitpunkt der Wahl ein, denn erst durch diese wird die vorher bestehende Ungleichartigkeit beseitigt.[12]) Die Aufrechnung von Forderungen auf eine Handlung wird regelmäßig ausgeschlossen sein, da hier völlige Gleichartigkeit fast immer fehlen dürfte.[13]) Forderungen auf Unterlassung sind immer ungleichartig.[14]) Bei sämtlichen von Note 12 ab aufgeführten Fällen dürfte auch in Erwägung zu ziehen sein, ob bei ihnen nicht der Natur der Sache nach ein stillschweigendes vertragsmäßiges Aufrechnungsverbot vorliegt,[15]) da das Interesse des Forderungsberechtigten bei Handlungen und bei Unterlassungen nur auf Realleistung geht.[16])

Auch unteilbare Leistungen können gleichartig sein, wenn sie ihrer Größe nach gleich sind, sonst fehlt die Gleichartigkeit bei ihnen.[17])

Das Erfordernis der Gleichartigkeit verlangt (abgesehen von Note 17) nicht Gleichheit der Größe der Forderungen. Es kann der Gläubiger sowohl nur mit einem Teilbetrag seiner Aktivfor-

---

[12]) Schollmeyer § 387 1 b, Weigelin S. 108 N. 20—22.

[13]) Siber S. 110 2, Weigelin S. 104 Anm. 4, Schollmeyer § 387 1 b.

[14]) Siber S. 110 3, Weigelin S. 104 N. 1, Hellwig, Zivilprozeßrecht I. Bd. S. 221 N. 47.

[15]) Vgl. Schollmeyer zu § 391 3.

[16]) So auch Endemann S. 836 N. 11.

[17]) Weigelin S. 104 N. 1 behauptet hier immer Ungleichartigkeit.

derung aufrechnen, wenn er diesen fordern kann, als auch kann er mit seiner ganzen Forderung gegen eine größere Passivforderung aufrechnen und diese dadurch nur zu einem Teil zum Erlöschen bringen. Das fällt nicht unter § 266 BGB.[18]) Dagegen ist eine Verweisung auf bestimmte Forderungsteile bei der Aufrechnung unzulässig.[19])

§ 5. Gegenseitigkeit der Forderungen.[1])

Diese besagt: der Gläubiger der Aktivforderung muß Schuldner der Passivforderung sein. Es genügt aber auf beiden Seiten bloß fiduziarische Gläubigerschaft.[2])

I. Derjenige, der oder für den die Aktivforderung aufgerechnet wird, also der Schuldner der Passivforderung, muß Subjekt der Aktivforderung sein. Daraus folgt:

1. Ein dritter Nichtgläubiger kann mit einer Forderung, die einem andern zusteht, nicht gegen eine Forderung des Schuldners der ersten Forderung an ihn aufrechnen, denn er hat keine eigene Forderung. Die Anwendung des § 185 BGB. ist ausgeschlossen; ein Dritter kann also mit der Forderung auch nicht mit Zustimmung des Gläubigers derselben aufrechnen (gegen eine eigene Schuld natürlich).

a) Der Bürge hat deshalb kein Aufrechnungsrecht mit einer Forderung des Hauptschuldners,[3]) wohl aber hat er eine aufschiebende Einrede, solang der Gläubiger ein Aufrechnungsrecht gegenüber dem Hauptschuldner hat, wobei noch die Einschränkung besteht, daß die Passivforderung entgegen § 271 II fällig sein muß. § 770 II. Ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners allein, z. B. Forderung

---

[18]) Planck § 387 1 c, Schollmeyer zu § 389 1, Endemann S. 829 2.

[19]) Schollmeyer § 389 1 a. E.

[1]) Die Darstellung befolgt hier vollständig die Einteilung Weigelins.

[2]) Weigelin S. 70 Anm. 7.

[3]) RG. Bd. 59 S. 210. Ebenso kann der Anfechtungsgegner eine Forderung des Schuldners an den Anfechtungsgläubiger nicht gegen seine Rückgewährschuld nach § 7 des Anfechtungsgesetzes aufrechnen. Jaeger, Gläubigeranfechtung § 2 Anm. 38.

des Hauptschuldners aus unerlaubter Handlung des Gläubigers gibt ihm diese Einrede nicht.[4]) Unter die Einrede der Vorausklage fällt diese Einrede nicht. Analog ist das Einrederecht in den Fällen der §§ 1137 (soweit nicht 1138 einschlägt), 1211 gegeben. Ebenso liegt es in den Fällen der §§ 129 III und 161 HGB. Wohl aber kann der Grundstücks- oder Pfandeigentümer nach §§ 1142 II, 1224 mit einer ihm gegen den Hypotheken- oder Pfandgläubiger zustehenden Forderung gegen den dinglichen Anspruch aufrechnen. Ebenso kann der Bürge mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung gegen seine Schuld aus der Bürgschaft aufrechnen, auch bevor er aus ihr vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Damit befriedigt er den Gläubiger nach § 774 I Abs. 1[5]) und erwirbt dessen Forderung gegen den Hauptschuldner.[6])

β) Ein dinglich an einer Forderung oder an einem Vermögen, zu dem eine solche gehört, Berechtigter, z. B. Nießbraucher, oder der familienrechtlich nutzungsberechtigte Ehemann oder Vater kann sie einziehen, aber nicht aufrechnen. Arg. e contrario § 1074 Satz 3.[7]) Umgekehrt kann auch der Schuldner dieser nießbrauchbelasteten Forderung nicht mit einer Forderung, die er gegen den Nießbraucher hat, gegen sie aufrechnen.[8]) Die weitere Frage, ob die Aufrechnung zwischen der belasteten Forderung und einer Forderung gegen den Gläubiger der ersteren wirksam durch oder gegenüber dem Nutzungsberechtigten geschehen kann, ist ebenso wie im Fall des § 1376 2 keine Frage der Gegenseitigkeit, sondern der Befugnis zur Aufrechnungserklärung.[9]) Daß der Vertragspfand-

[4]) Planck § 770 2, Staudinger zu § 770 1 b ε.

[5]) So auch Planck § 774 2 b, Staudinger 2 a α und § 770 1 b δ.

[6]) Vgl. Kipp S. 456 1, der das für selbstverständlich hält, Jaeger § 53 KO. Anm. 9 mit weiterer Literatur, Staudinger zu § 770 1 b δ, RG. Bd. 53 S. 403 ff.

[7]) Staudinger § 1074 1 c, Siber S. 97 Anm. 4; a. A. Weigelin S. 77.

[8]) So Siber S. 97, a. A. Weigelin S. 84 Anm. 50, Staudinger eod. mit Berufung auf § 1070. Daraus kann aber höchstens eine analoge Anwendung der §§ 406/7 gefolgert werden, s. u. III 8.

[9]) Siber S. 98.

gläubiger an einer Forderung im Fall des § 1282 BGB. und der Pfändungspfandgläubiger (§ 836 I ZPO.) zur Aufrechnung mit dieser Forderung gegen eigene Schulden an den Drittschuldner befugt ist, hat das Reichsgericht (J. W. 1904 S. 361 und Bd. 58 S. 105) für die Praxis festgestellt.[10])

γ) Ein Gesamtschuldner kann nicht mit einer einem anderen Gesamtschuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen. § 422 II.

Eine dem § 770 II entsprechende Einrede für den Fall des Aufrechnungsrechts des Gläubigers gegenüber einem anderen Gesamtschuldner ist ihm nicht gegeben.[11]) Ebenso kann ein Gesamtgläubiger nicht mit der Forderung eines anderen Gesamtgläubigers gegen den Schuldner aufrechnen.[12])

δ) Ein Gesellschafter kann eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht aufrechnen, um damit seine Privatschuld an den Schuldner dieser Gesellschaftsforderung zu tilgen; ebensowenig kann er mit einer Privatforderung eines anderen Gesellschafters aufrechnen, denn beide sind fremde Forderungen. Er kann beides aber auch nicht, wenn er wegen einer Gesellschaftsschuld persönlich in Anspruch genommen wird;[13]) denn für diese haftet er mit den anderen als Gesamtschuldner persönlich und zwar direkt.[14])

ε) Der Kommittent kann mit der Forderung des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft vor der Abtretung nicht aufrechnen. § 392 I HGB. Der Kommissionär aber kann mit der für den Kommittenten erworbenen Forderung trotz § 392 II HGB. nicht aufrechnen, denn im Verhältnis zwischen dem Kommissionär und seinem Gläubiger (der Passivforderung) gilt die Forderung als solche des Kommittenten, also nicht als eigene.[15])

[10]) So auch Staudinger zu § 1282, Weigelin S. 77 Anm. 27.

[11]) Schollmeyer § 422 1 d.

[12]) Das ist die entsprechende Anwendung des § 422 II für den § 429. Weigelin S. 72 Anm. 15.

[13]) Planck § 719 3.

[14]) Planck zu § 714 2.

[15]) Anderer Ansicht Weigelin S. 70 N. 7.

ζ) Der Schuldübernehmer kann eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen. § 417 I Satz 2. BGB.[16]) Wohl aber kann er eine eigene Forderung aufrechnen.

η) Schließlich gehört hierher noch der Fall des § 407 und 412 BGB.[17]) Der alte Gläubiger kann nach der Abtretung (also mit einer fremden Forderung § 398 BGB.) gegenüber dem Schuldner derselben aufrechnen gegen eine Gegenforderung dieses Schuldners an ihn, es sei denn, daß der Schuldner bei der Vornahme dieser Aufrechnungserklärung die Abtretung oder den gesetzlichen Forderungsübergang kennt.[18]) Ob man diesen Fall als Ausnahme von dem Erfordernis der eigenen Forderung ansehen will oder nicht,[19]) hat nur Bedeutung für die systematische Darstellung, ist aber praktisch belanglos.[20])

2. a) Steht die Aktivforderung mehreren Gläubigern zu, so kann im Fall des § 420 BGB. jeder mit dem ihm zustehenden Forderungsanteil gegen seine eigene Schuld aufrechnen.[21])

b) Im Fall des § 432 ist eine Aufrechnung der Natur der Sache nach ausgeschlossen, es sei denn, daß auch der Schuldner gegen die sämtlichen Gläubiger eine gleich große unteilbare Forderung hat.[22])

---

[16]) Planck § 417 2.

[17]) Anwendung finden diese Bestimmungen in den §§ 574, 1158, 1185 II, 1473 II, 2019, 2040, 2041, 2111 BGB.

[18]) So Kipp Bd. II S. 345, Planck § 407 1, Schollmeyer § 407 1 b, Weigelin S. 74 Anm. 23 und Kuhlenbeck § 407 1, a. A. Siber S. 101 Ziff. 4 a. A.

[19]) Letzteres Weigelin S. 74.

[20]) Die entsprechende Anwendung des § 407 in den N. 17 angeführten Fällen ergibt ein Aufrechnungsrecht des früheren Vermieters, des alten Forderungs- bezw. Hypothekgläubigers, des einbringenden Gesellschafters, des früheren Gläubigers der Gesamtgutsforderung, des früheren Gläubigers der jetzt zur Erbschaft gehörigen Forderung bis zu der Kenntnis des Schuldners von dem Forderungsübergang. Das dem Vorerben nach § 2140 BGB. möglicherweise zustehende Aufrechnungsrecht hat mit der hier behandelten Frage nichts zu tun.

[21]) Schollmeyer § 420 2.

[22]) Oben § 4 N. 17, Planck § 432 3, Schollmeyer § 432 4 b.

c) Von den sonstigen Fällen der ungeteilten Mitberechtigung mehrerer an einer Forderung kommen nur in Betracht die Gesellschaft und die Erbengemeinschaft.[23]) Da ein ziffermäßig abgegrenzter Anteil des einzelnen an den Gesellschaftsforderungen nicht besteht, wäre die Aufrechnung mit dem Anteil gegen eine eigene Schuld ausgeschlossen, auch wenn die Bestimmung des § 719 I nicht bestände. Das gilt auch, wenn die Schuld, gegen die der Gesellschafter aufrechnen will, eine Gesellschaftsschuld ist, für die er persönlich in Anspruch genommen werden soll. Vgl. auch § 2033 II BGB. Daß der geschäftsführende Gesellschafter mit der Gesellschaftsforderung gegen eine Gesellschaftsschuld aufrechnen kann, ergibt sich aus seiner Vertreterstellung. § 714 BGB. Ebenso ist bei den Gesamthandsverhältnissen des ehelichen Güterrechts, da begrenzte Anteile fehlen, die Aufrechnung mit Teilen ausgeschlossen. Das Aufrechnungsrecht haben die Ehegatten gemeinsam. Daß der Ehemann es nach den §§ 1443, 1487, 1519 II, 1549 BGB. allein ausüben kann, ist wieder eine Frage der Berechtigung zur Aufrechnungserklärung.

3. Der Erbe kann mit Nachlaßforderungen gegen Privatschulden aufrechnen, da diese ihm, als dem Gesamtrechtsnachfolger zustehen. Wird nach erklärter Aufrechnung der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet, so wird er den Nachlaßgläubigern gegenüber nach § 1978 BGB. ersatzpflichtig.[24]) Nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses, bezw. nach Anordnung der Nachlaßverwaltung hat arg. § 6 KO. § 1984 BGB. nur noch der Konkursverwalter das Aufrechnungsrecht mit Nachlaßforderungen.[25])

II. Die Schuld, gegen die der Gläubiger der Aktivforderung aufrechnet, muß seine eigene Schuld sein.

a) Gegen die Schuld eines Dritten kann man mit einer eigenen Forderung an den Gläubiger dieser Schuld des Dritten nicht aufrechnen. Das Recht der Zahlung nach § 267 Abs. I BGB.

---

[23]) Planck, Vorbem. 1 a. E. vor § 420, Schollmeyer ebenda 2 c.

[24]) Jaeger § 53 KO. Anm. 15, Staudinger § 1977 BGB. 3 a.

[25]) Jaeger eod. Anm. 18, a. A. Siber S. 104 2 a α.

gibt das Aufrechnungsrecht nicht; denn § 387 verlangt eine eigene Schuld. Daß die von der herrschenden Lehre als Ausnahme von diesem Satz hierher gerechneten Fälle der §§ 268, 1142 nicht hierher gehören, ist oben § 1 ausgeführt. Hieraus folgt z. B., daß derjenige, der sich nach § 329 BGB. zur Erfüllung einer Schuld verpflichtet hat, nicht mit einer eigenen Forderung dagegen aufrechnen kann, da er eben nicht Schuldner im Sinn des § 387 ist. Anders ist es, wenn die Vertragsabrede dahin ging, dem Gläubiger ein unmittelbares Forderungsrecht gegen ihn zu verschaffen; dann ist er Schuldner und kann aufrechnen.[26])

b) In den Fällen der geteilten Mitverpflichtung § 420 BGB. kann jeder gegen seinen Schuldteil aufrechnen. In den Fällen der ungeteilten Mitverpflichtung (§ 421, insbesondere § 427, § 2058 BGB., § 128 HGB.) kann jeder Schuldner mit befreiender Wirkung für alle Gesamtschuldner gegen die ganze Schuld aufrechnen (mit einer eigenen Forderung).[27]) Das gilt auch für die Solidarhaft mehrerer Wechselschuldner. Jeder Wechselschuldner, dessen Wechselverbindlichkeit besteht, kann mit einer eigenen Forderung aufrechnen, nicht nur gerade der, der von dem Wechselinhaber belangt worden ist; z. B. der Aussteller kann aufrechnen, auch wenn die Wechselklage gegen ihn gar nicht gerichtet worden ist.[28]) Die Wirkung der Aufrechnung ist aber, wie die der Zahlung, eine verschiedene, je nach der Person desjenigen Wechselschuldners, der aufrechnet. Wenn der Wechselhauptschuldner, d. i. bei der Tratte der Akzeptant oder der Aussteller des eigenen Wechsels aufrechnet, oder wenn ein Wechselregreßschuldner für den Hauptschuldner, d. h. mit der Absicht, die ganze Wechselverbindlichkeit zum Erlöschen zu bringen, aufrechnet, so werden sämtliche aus dem Wechsel Verpflichtete, also Aussteller und alle Nachmänner bis zum letzten Vorindossanten frei und können sich gegenüber der Wechselklage auf die Aufrechnung berufen. (Da der Zahlungs- und Aufrechnungseinwand nur eine exceptio in per-

[26]) Weigelin S. 81 Anm. 39, Siber S. 97/99.

[27]) Weigelin S. 81 N. 3.

[28]) So Jaeger § 53 KO. Anm. 10, a. A. Rehbein Bd. II S. 335.

sonam gibt, nur gegenüber dem Gläubiger, gegenüber dem aufgerechnet worden ist, bezw. seinem schlechtgläubigen Nachmann, nachprotestlichen Indossatar oder Zivilrechtsnachfolger.) Rechnet ein Wechselregreßschuldner auf, so wirkt das, wie die Zahlung durch ihn, d. h. im Regelfall können sich nur er, seine Avalisten und seine Nachmänner auf die Aufrechnung berufen. Hat also der Aussteller als letzter Regreßpflichtiger aufgerechnet, so werden sämtliche Nachmänner frei. Dagegen kann sich der Akzeptant auf die durch den Aussteller vollzogene Aufrechnung nicht berufen, ebensowenig wie ein Vorindossant des aufrechnenden Zwischenindossanten, da sie durch die Aufrechnung von seiten dieser nicht befreit worden sind. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die ganze Wechselverbindlichkeit nach dem erkennbaren Willen des Aufrechnenden getilgt werden sollte.[29])

c) Die Aufrechnung einer Privatforderung gegen eine Nachlaßschuld von seiten des Erben bleibt trotz Eröffnung von Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung wirksam. Nur erwächst dem Erben ein Ersatzanspruch nach § 1978 Abs. 3, cf. § 1979 BGB., §§ 224 I, 225 II KO. je nachdem als Massegläubiger oder Konkursgläubiger.[30]) Nach Konkurseröffnung kann der Erbe diese Forderungen nicht mehr aufrechnen, da die Haftung sich auf den Nachlaß beschränkt hat. § 1975 BGB. Haftet der Erbe also unbeschränkt, so ist die Aufrechnung zulässig; das gilt auch dann, wenn der Erbe nur gegenüber dem Gläubiger unbeschränkt haftet, gegenüber dem er aufrechnet. In diesem Fall gilt aber für den Erben die Vorschrift des § 225 II KO.[31]) Wenn der Erbe generell unbeschränkt haftet, erwirbt er die Forderung des befriedigten Gläubigers nicht.

III. a) Außer dem Erfordernis der eigenen Forderung und eigenen Schuld verlangt das Moment der Gegenseitigkeit noch, daß der Schuldner der eigenen Forderung mit dem Gläubiger der

---

[29]) Vgl. Stranz Art. 82 WO. Anm. 72—80 u. 86, Staub §§ 52—60.

[30]) Jaeger § 53 KO. Anm. 15 a.

[31]) Jaeger § 53 Anm. 18, § 225 Anm. 6.

eigenen Schuld identisch ist (arg. § 387 „einander"). Formelle Identität genügt. Wenn aber behauptet wird, daß der Schuldner aus dem Ausführungsgeschäft mit einer Gegenforderung an den Kommissionär gegen seine Schuld aus dem Ausführungsgeschäft aufrechnen könne,[32] so ist das irrig. Denn § 392 II HGB. steht dem im Wege. Denn diese Schuld aus dem Ausführungsgeschäft gilt gegenüber ihrem Schuldner, da er ja zugleich Gläubiger des Kommissionärs ist, als Forderung des Kommittenten. Jedenfalls kann sich der Kommittent darauf berufen, daß diese Forderung nicht dem Kommissionär gehöre, daß also ihm gegenüber die Aufrechnung unwirksam sei. Allerdings kann der Kommittent selber vor der Abtretung mit der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft gegen eine eigene Schuld nicht aufrechnen (arg. § 392 I; oben Note 15). Bis zur Abtretung ist also für keinen Teil die Aufrechnung möglich.

1. Aus dem dargelegten Erfordernis ergibt sich die Unzulässigkeit der Aufrechnung durch den Versprechenden beim Vertrag zu gunsten Dritter gegenüber dem Dritten mit Ansprüchen gegen den Versprechensempfänger,[33] durch den Schuldner gegenüber einem Gesamtgläubiger mit einer Forderung gegen einen anderen Gesamt-

---

[32]) So Schollmeyer § 387 1 3, Weigelin S. 82 Anm. 43, Rehbein Bd. II S. 336 unten.

[33]) Planck § 334 4 BGB., Folgerungen vgl. § 890 HGB. Wenn beide Parteien sich einander Leistungen an einen Dritten schulden, so ist die Aufrechnung, auch wenn es derselbe Dritte ist, wegen Mangels der Gleichartigkeit und auch wegen stillschweigenden Ausschlusses der Aufrechnung ausgeschlossen. Siber S. 98. Wenn der Dritte unmittelbar nach § 328 BGB. das Recht erwirbt, kann er damit gegen den Versprechenden aufrechnen (gegen den Versprechensempfänger nicht, weil er gegen diesen ein Recht nicht erwirbt). Umgekehrt kann in diesem Fall des § 328 auch der Versprechende gegen den Dritten aufrechnen (Schollmeyer § 333 3), einerlei, ob dieser das Recht angenommen hat oder nicht. Weist aber der Dritte das Recht zurück, § 333 BGB., so gilt das Recht rückwirkend als nicht erworben (Planck § 333 1, Schollmeyer ebenda) und es hat daher im Moment der Aufrechnungserklärung die Gegenseitigkeit gefehlt. Die Aufrechnung war daher unwirksam (so auch Siber S. 99).

gläubiger,[34]) durch den Rückgewährschuldner nach § 37 KO. mit einer Forderung an den Gemeinschuldner gegen die Rückgewährschuld, weil diese den Konkursgläubigern zu gesamter Hand zusteht,[35]) durch den Anfechtungsbeklagten der außerkonkursmäßigen Anfechtung mit einer Forderung an den Schuldner gegen seine Rückgewährschuld nach § 7 des Anfechtungsgesetzes, weil Subjekt des Rückgewähranspruchs der anfechtende Gläubiger ist,[36]) durch den Gläubiger bei der befreienden Schuldübernahme mit seiner Forderung gegen den neuen Schuldner gegen eine Schuld an den alten Schuldner.[37])

2. In den Fällen der ungeteilten Mitberechtigung (oder Verpflichtung) muß auch die Passivforderung, gegen die aufgerechnet werden soll, gegen die sämtlichen Mitberechtigten als solche zu gesamter Hand gerichtet sein, wenn die Gegenseitigkeit gegeben sein soll. Hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Aufrechnung durch einen Gesellschaftsschuldner gegen die Gesellschaftsschuld mit einer Privatforderung an den einzelnen Gesellschafter, § 719 II BGB., sowie durch den Erbschaftsschuldner bei der Miterbengemeinschaft mit einer Forderung an einen Miterben. § 2040 II BGB. Daß der einzelne Gesellschafter in diesem Fall nicht aufrechnen darf, beruht darauf, daß die Passivforderung ihm zum Teil eine fremde ist,[38]) daß er mit seinem Anteil nicht aufrechnen kann, beruht auf § 719 I BGB., vgl. oben I δ.

Dagegen ist die Gegenseitigkeit gegeben, wenn der Gesellschaftsgläubiger einen Gesellschafter für die Gesellschaftsschuld persönlich in Anspruch nimmt und dieser Gesellschafter eine Privatforderung

---

[34]) Dies ergibt sich nicht erst aus § 429 Abs. 3 mit § 422 II, wie Planck § 429 2 und Schollmeyer § 429 1 a Abs. 2 annimmt, sondern direkt aus § 387.

[35]) Jaeger § 37 Anm. 23.

[36]) Jaeger, Gläubigeranfechtung (1905) § 1 Anm. 72, § 2 Anm. 38, § 7 Anm. 3 und insbes. 33. Siehe auch § 8 Anm. 5 über die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit dem Erstattungsanspruch nach § 8 gegen die Rückgewährschuld.

[37]) Siber S. 101 3.

[38]) Rehbein S. 335 Nr. 12.

gegen den Gesellschaftsgläubiger hat. In diesem Fall können beide Teile aufrechnen, und zwar kommt prinzipiell die Gesellschaftsschuld als Ganzes zur Tilgung.[39]) Denn ist die Schuld eine vertragsmäßige, so entsteht nach § 427 BGB. eine Gesamtschuldnerschaft der einzelnen Gesellschafter (unteilbare Leistungen kommen mangels Gleichartigkeit regelmäßig nicht in Betracht);[40]) ebenso ist es für den Fall deliktischer Haftung, z. B. nach § 831 BGB.; vgl. aber § 393 BGB.

b) Eine Erweiterung des Gegenseitigkeitserfordernisses enthält die Bestimmung des § 1442 II BGB.[41]) Die Aktivforderung ist hier eine Gesamtgutsforderung, also eine solche, die den beiden Ehegatten zu gesamter Hand zusteht. Der Schuldner derselben — nur um dessen Aufrechnungsrecht handelt es sich hier — kann hiergegen nur solche Forderungen aufrechnen, deren Berichtigung aus dem Gesamtgut verlangt werden kann.

Aufrechnungsfähige Aktivforderungen sind also einerseits sämtliche überhaupt wirksame Schulden des Mannes, § 1459 I BGB., vgl. §§ 1444—46 — hierin liegt die Erweiterung —, andererseits nur die Schulden der Frau, für die das Gesamtgut haftet, d. h. nicht die in den §§ 1460—62 BGB. aufgezählten. Die Aufrechnungsfähigkeit dieser Schulden der Frau stellt eine Ausnahme nicht dar, da nach § 1459 II der Mann für sie als Gesamtschuldner haftet, also auch die Aktivforderung sich gegen beide Ehegatten richtet.[42]) Dagegen ist es eine Einschränkung des Gegenseitigkeitserfordernisses, d. h. trotz gegebener Gegenseitigkeit ist die Aufrechnung

[39]) Immer im Fall des § 128 HGB. Im Fall der offenen Handelsgesellschaft hat der Gesellschaftsgläubiger dieses Aufrechnungsrecht auch noch nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses. RG. Bd. 41 S. 25, vgl. Staub Anm. 8 Exkurs zu § 129, wenn nicht auch der Gesellschafter in Konkurs geraten ist; denn in diesem Fall modifiziert § 212 KO. die Solidarhaft des Gesellschafters. Cf. Staub zu § 128 Anm. 6 u. Anm. 27. Darüber unten § 29 N. 90—92.

[40]) Planck zu § 714 2.

[41]) Anwendung in den §§ 1487, 1519, 1549.

[42]) Siber S. 108 a. E.

ausgeschlossen zwischen einer Forderung, die zum eingebrachten Gut der Frau gehört und einer Gegenforderung, für die dasselbe nach den §§ 1412—14 BGB. nicht haftet.[43]) Für das eingebrachte Gut der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft gilt dasselbe, § 1524 II mit 1525 II, 1550 II, jedoch mit der weittragenden Ausnahme des Abs. II des § 1524, cf. § 1550 BGB.

c) Die Ausnahmen vom Erfordernis der Identität von Schuldner der Aktivforderung und Gläubiger der Passivforderung reihen sich an die Bestimmungen der §§ 406/7 BGB. Infolge der Bestimmungen der §§ 407/12 kann der Schuldner nach der Abtretung bezw. dem gesetzlichen Forderungsübergang mit einer Aktivforderung an den alten Gläubiger gegenüber diesem gegen diese abgetretene Schuld wirksam aufrechnen, es sei denn, daß ihm bei der Aufrechnung die Abtretung bezw. der Forderungsübergang bekannt war, was derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit der Aufrechnung beruft, zu beweisen hat.[44]) Gleichgültig ist es dabei, ob er die Aktivforderung vor oder nach der Abtretung erworben hat, er muß sie nur vor Kenntnis der Abtretung erworben haben. Im ersten Fall fällt die Gegenseitigkeit später weg, im zweiten Fall lag sie von Anfang an nicht vor.[45])

Die aufgerechneten Forderungen sind in den Fällen der §§ 407 und 406 dieselben, nur die Aufrechnungsgegner sind verschieden: im Fall des § 407 der Schuldner der Aktivforderung (der alte Gläubiger), im Fall des § 406 der Gläubiger der Passivforderung (der neue Gläubiger).

Nach §§ 406/12 kann der Schuldner der abgetretenen bezw. gesetzlich übergegangenen Passivforderung gegenüber dem Gläubiger derselben (dem neuen Gläubiger)[46]) aufrechnen mit sämtlichen Gegenforderungen an den alten Gläubiger. Aufrechnungsunfähig sind

---

[43]) Schollmeyer § 387 1 a γ Abs. II, Siber S. 103 Abs. II 1.

[44]) Planck § 407 3.

[45]) Weigelin S. 86, Kipp S. 457 4. Das Aufrechnungsrecht des Gläubigers im Fall des § 407 s. oben I η.

[46]) Gegenüber dem alten nicht. Anders Siber S. 101.

nur solche Forderungen, bei deren Erwerb (bei bedingten Forderungen beim Bedingungseintritt)[47]) der Schuldner von der Abtretung oder dem gesetzlichen Übergang Kenntnis hatte oder die nach der Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden sind. Demnach kommt es nicht darauf an, ob die Aktivforderung vor oder nach der Abtretung erworben worden ist. Denn die erste Ausnahme des § 406 verlangt ja einen in Kenntnis der Abtretung geschehenen Erwerb der Aktivforderung. Vor der Abtretung erworbene Aktivforderungen sind aufrechnungsfähig, wenn nicht die zweite Ausnahme des § 406 vorliegt: also alle, die entweder vor Kenntnis der Abtretung oder nach derselben, aber früher als die abgetretene Forderung fällig geworden sind. Vor Kenntnis der Abtretung fällig gewordene Aktivforderungen können daher immer aufgerechnet werden; nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung fällig gewordene dann, wenn sie vor der abgetretenen Forderung fällig geworden sind. Nach der Abtretung erworbene Forderungen können aufgerechnet werden, wenn sie in Unkenntnis der Abtretung erworben worden sind. Daß eine die Aufrechnung ausschließende Ausnahme vorliege, hat der zu beweisen, der sich darauf beruft, also der Zessionar.[48]) Es wird positive Kenntnis der Abtretung verlangt; der Weg, auf dem sie erlangt wird, bleibt gleichgültig.[49]) Bloße Zustellung einer Abtretungsbenachrichtigung genügt nur, wenn die Zustellung an den Schuldner persönlich gemacht ist; die Ersatzzustellung genügt hier nicht. Ob die Kenntnis des gesetzlichen Übergangs anzunehmen ist, wenn der Schuldner die Tatsachen kennt, an die derselbe kraft Gesetzes geknüpft ist,[50]) ist doch zweifelhaft. Denn aus der Kenntnis dieser Tatsachen folgt die des gesetzlichen Übergangs noch nicht, insbesondere bei Unkenntnis der rechtlichen Bestimmungen.

---

[47]) Planck § 392 1.

[48]) Schollmeyer § 406 3, Planck eod. 3, Rehbein S. 407 vor a, Kuhlenbeck § 406 5.

[49]) Vgl. Rehbein S. 399 Abs. II.

[50]) So Planck § 406 5 und RG. Bd. 60 S. 200 ff., insbes. S. 204.

Die übrigen Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen, wie immer, erst im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorhanden zu sein, abgesehen von der Fälligkeit in den Fällen, in denen sie nach der zweiten Ausnahme im Moment der Kenntnis vorhanden sein muß.[51]) Die Wirkung einer Aufrechnung nach § 406/7 ist das Erlöschen beider Forderungen, obwohl dadurch der neue Gläubiger benachteiligt wird. Die Vorschriften sind zum Schutz des Schuldners gegeben.

Daß die Bestimmungen des § 406 für den Fall, daß die Aktivforderung schon vor der Aufrechnung bestand, überflüssig sind,[52]) ist wohl kaum richtig. Denn es kommt auf die Gegenseitigkeit nicht nur im Moment des ersten Gegenübertretens, sondern auch im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung an. Aus demselben Grund lassen sie sich aus der Rückwirkung des § 389 nicht erklären.[53]) Durch § 406 entsteht (ebenso im Fall des § 407) sogar ein Aufrechnungsrecht für einen Fall, in dem es von Anfang an an der Gegenseitigkeit gefehlt hat (Erwerb der Aktivforderung nach der Abtretung)[54]).

Tritt der alte Gläubiger die schon abgetretene Forderung noch einmal an einen Dritten ab, oder wird sie diesem durch gerichtlichen Beschluß an Zahlungsstatt oder auch zur Einziehung[55]) überwiesen, oder erkennt der erste Gläubiger gegenüber dem Dritten an, daß die Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei, so können sowohl der Schuldner als auch der Dritte gegen, bezw. mit dieser Forderung gegen einander aufrechnen, es sei denn, daß der Schuldner bei der Aufrechnung Kenntnis hat, daß die Forderung schon einmal abgetreten ist. § 408 BGB.[56]) Die Bestimmung des § 408 gilt auch, wenn der erste Forderungsüber-

[51]) A. M. Crome Bd. II S. 340 β, so wie hier Weigelin S. 87 Anm. 57.

[52]) So Weigelin S. 87 Anm. 59.

[53]) So auch Weigelin S. 88, 169 3.

[54]) Weigelin S. 88/9 konstruiert hier ein bedingtes Aufrechnungsrecht.

[55]) Vgl. hierzu RG. Bd. 58 S. 105 ff.

[56]) A. A. Siber S. 102.

gang ein gesetzlicher war.[57]) Als zweiter Uebergang kommen dann alle in § 408 genannten Arten in Betracht. Im Falle, daß der neue Gläubiger die Forderung noch einmal abtritt, finden die §§ 406 und 407 direkt Anwendung.

Die entsprechende Anwendung der §§ 407 und 406 in den oben Note 17 angeführten Fällen ergibt folgendes:

1. In Ansehung der Verkehrshypothek ist ihre Anwendung zwischen dem Eigentümer und neuen Gläubiger ausgeschlossen. § 1156 BGB. Gegen die Zins- und sonstige Nebenleistungsschuld, die in dem Kalendervierteljahr, in dem der Eigentümer von der Übertragung dieser Posten an einen neuen Gläubiger Kenntnis erlangt, oder im folgenden Vierteljahr fällig wird, kann der Eigentümer mit Forderungen gegen den alten Gläubiger gegenüber diesem bis zur Kenntnis aufrechnen, § 407, gegenüber dem neuen Gläubiger auch nach erlangter Kenntnis, es sei denn, daß er seine Gegenforderung erst nach erlangter Kenntnis erworben hat, oder daß dieselbe erst nach der Kenntnis und später als die Zinsen und Nebenleistungen fällig geworden ist. § 1158 BGB. Das gilt auch für die Nebenleistungen der Grundschuld, für die einzelnen Rentenschulden und Reallastleistungen; §§ 1192 II, 1200, 1107 BGB.; für die Grundschuldsumme und Ablösungssumme bei der Rentenschuld kann diese Bestimmung keine Anwenduug finden, da eine persönliche Schuld fehlt.[58])

Bei der Sicherungshypothek kann der persönlich haftende Eigentümer[59]) gegen den neuen Gläubiger nach § 406 auch gegen die Kapitalschuld aufrechnen mit der Wirkung, daß die Forderung erlischt und die Hypothek zur Eigentümerhypothek wird. §§ 1185 II, 1156, 1163 I BGB.

2. Der Mieter, bezw. Pächter kann nach der freiwilligen

[57]) Planck § 408 3. In § 408 II wird vorausgesetzt, daß der zweite Übergang gesetzlich sein kann.

[58]) Siber S. 102 II.

[59]) Für den nicht persönlich haftenden Eigentümer paßt mangels einer persönlichen Schuld die Bestimmung nicht; für ihn gilt § 1142 BGB.

Veräußerung der Miet- oder Pachtsache gegen die laufenden und die Miet- oder Pachtzinsraten des nächsten Kalendervierteljahres, die also nach § 571 BGB. dem Erwerber zustehen, mit Gegenforderungen gegen den alten Vermieter

a) aufrechnen gegenüber dem alten Vermieter, es sei denn, daß er von dem Eigentumsübergang Kenntnis hat; § 574 BGB.,
b) aufrechnen gegenüber dem Erwerber, es sei denn, daß die Ausnahmen des § 575 Satz 2 vorliegen.

Dieselben Vorschriften gelten für den Erwerb im Zwangsweg. ZVG. § 57.

3. Der Schuldner einer durch Einbringung seitens eines Gesellschafters oder durch Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Forderung kann mit einer Gegenforderung gegen den einbringenden, bezw. den Gesellschafter, der die Forderung aus der Geschäftsführung erworben hat, wirksam aufrechnen

a) gegenüber dem Gesellschafter, solange er von der Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen keine Kenntnis hat, §§ 720, 407 BGB.;
b) gegenüber der Gesellschaft, bezw. deren Vertreter auch nach erlangter Kenntnis, es sei denn, daß die Ausnahmen des § 406 Satz 2 vorliegen. § 720 BGB.

Im Fall der durch Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Forderung gelten diese Sätze aber nur, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Forderung für *sich* erworben und nicht als Vertreter der Gesellschaft nach § 714 gehandelt hat. Denn hat er als Vertreter gehandelt, so ist nach § 164 BGB. die Gesamtheit der Gesellschafter als solche unmittelbar berechtigt worden. Der geschäftsführende Gesellschafter ist nie Gläubiger gewesen und hat die Forderung nicht noch erst an die Gesellschaftergesamtheit abtreten müssen.[60]) Vgl. § 713 mit § 667 BGB. Es fehlt dann an jedem Grund, dem Schuldner die Aufrechnung gegenüber dem zu gestatten, der nie Gläubiger gewesen war. Zudem ist in dem

---

[60]) Planck zu § 718 1 b.

Fall der direkten Stellvertretung dem Schuldner direkt oder den Umständen nach erkennbar, daß der Gesellschafter für die Gesellschaft erwerben will. Auf Unkenntnis könnte er sich nach § 407 schon deshalb nicht berufen.

4. Der Schuldner einer im Auseinandersetzungsstadium durch Rechtsgeschäft Gesamtgutsbestand gewordenen Forderung kann in diesem Stadium mit beliebigen Gegenforderungen gegen den erwerbenden Ehegatten aufrechnen

a) gegenüber diesem, es sei denn, daß er von der Zugehörigkeit der Forderung zum Gesamtgut Kenntnis erlangt hat;

b) gegenüber dem Ehemann als Vertreter des Gesamtguts auch nach erlangter Kenntnis, wenn nicht die Ausnahmen des § 406 vorliegen; § 1473 II BGB.

Das gilt auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft im Auseinandersetzungsstadium, § 1497 II und für die Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft im selben Stadium. §§ 1546, 1549 BGB. Während des Bestehens der Güterstände gilt diese Bestimmung nicht.

5. Der Schuldner einer durch Rechtsgeschäft zum Bestandteil des eingebrachten Guts der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft gewordenen Forderung braucht ihre Zugehörigkeit dazu erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er davon Kenntnis hat. §§ 1524 II, 1550 II BGB. Bis dahin kann er, wenn es sich um eingebrachtes Gut der Frau handelt (nur für dieses gilt die oben III b am Ende dargestellte Beschränkung) mit solchen Forderungen an die Frau aufrechnen, für die ihm nach den §§ 1412—14 das eingebrachte Gut derselben nicht haften würde, und zwar bis zur Kenntnis gegenüber der Frau — mit Wirkung für das eingebrachte Gut —; nach erlangter Kenntnis gegenüber Frau und Mann, § 1403 II BGB., wenn nicht die Ausnahmen des § 406 zutreffen.

6. Für das Aufrechnungsrecht des Schuldners einer durch den Erbschaftsbesitzer mittels Rechtsgeschäfts, also für den Erben (§ 2019) erworbenen Forderung gilt, ebenso wie für den Schuldner einer Miterbengemeinschaft und des Vorerben die entsprechende Anwendung der §§ 406 7, 2019 II, 2041 Satz 2, 2111 Satz 2.

7. Im Fall des Nießbrauchs an einer Forderung kann der Schuldner mit Forderungen gegenüber dem Besteller aufrechnen, sowohl gegenüber diesem unter den Voraussetzungen des § 407, als auch gegenüber dem Nießbraucher unter den Voraussetzungen des § 406. Arg. § 1070 I BGB.,[61]) vgl. oben I 1 β.

8. Nach § 1275 BGB. kann der Schuldner einer vertragsmäßig verpfändeten Forderung („Verpflichtete") mit Forderungen gegen den Verpfänder aufrechnen gegenüber dem Pfandgläubiger, es sei denn, daß für die Forderung, mit der er aufrechnet, die Ausnahmen des § 406 gegeben sind. Daß der § 407 auf diesen Fall nicht anwendbar ist, daß also hier eine Aufrechnung gegenüber dem Verpfänder nicht möglich ist, folgt daraus, daß die Wirksamkeit der Verpfändung nach § 1280 BGB. Benachrichtigung an den Schuldner verlangt.[62])

Der Schuldner einer gepfändeten (nach §§ 829, 930, 936 ZPO.) Forderung — Drittschuldner — kann nach § 392 BGB. eine ihm gegen seinen Gläubiger — Vollstreckungsschuldner — zustehende Forderung gegenüber diesem trotz der Beschlagnahme[63]) aufrechnen, es sei denn, daß er sie erst nach der Beschlagnahme unbedingt erworben oder daß sie nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist (entsprechend § 406).[64])

Daß die Bestimmungen des § 407 hier aus dem Grund nicht anwendbar wären, weil die Beschlagnahme durch Zustellung an den Drittschuldner wirksam wird, § 829 III ZPO., dieser also Kenntnis hat, ist falsch.[65]) § 407 ist nicht anwendbar, weil von einer Ab-

[61]) Weigelin S. 93.

[62]) Siber S. 103 c, Weigelin S. 94 Anm. 75.

[63]) An sich könnte er es infolge der Beschlagnahme nicht, da diese auch für ihn ein Leistungsverbot enthält und die Aufrechnung eine Erfüllung im weiteren Sinn ist (so Schollmeyer, Planck und Kuhlenbeck).

[64]) Einzelnes Planck § 392 1 und 2 und Kuhlenbeck (Staudinger) § 392 1 und 2.

[65]) So Siber S. 103 c a. E., Weigelin S. 94 Anm. 80. In allen Fällen der Ersatzzustellung kann die Kenntnis fehlen. Schollmeyer § 392 1 b a. E.

tretung keine Rede ist und eine ausdrückliche Anwendbarkeit nicht statuiert ist.

Ob die entgegen dem Verbot des § 392 geschehene Aufrechnung nur unwirksam ist zwischen dem Aufrechnenden und dem Beschlagnahmegläubiger, dagegen zwischen dem Aufrechnenden und seinem Gläubiger Wirkung hat,[66]) ist zwar zweifelhaft, aber zu bejahen. Denn der Beschluß nach § 829 ZPO. enthält ein gerichtliches Veräußerungsverbot, und dieses steht nach § 136 BGB. einem solchen des § 135 gleich.[67])

Daß der gepfändete Gläubiger mit seiner gepfändeten Forderung nicht aufrechnen kann, folgt aus § 829 I Satz 2 ZPO. Der Vollstreckungsgläubiger, dem die Forderung an Zahlungs Statt oder zur Einziehung überwiesen ist,[68]) kann mit ihr aufrechnen (§ 835 II ZPO.). Die Fälle der konstitutiven Rechtsnachfolge unter 7 und 8, sowie der Fall des § 392 sind eigentlich keine Ausnahmen von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit.[69]) Vielmehr fehlt hier das Erfordernis, daß an den ursprünglichen Gläubiger allein noch geleistet werden kann. §§ 1077, 1281 BGB., § 829 ZPO. Derselbe kann also die ihm gebührende Leistung nicht verlangen bezw. sie kann nicht an ihn gemacht werden. Von diesem Erfordernis bestehen zum Schutz des Schuldners die angeführten Ausnahmen.

9. Da durch den Erbfall eine Verschmelzung von Nachlaß und Erbenvermögen eintritt, so kann sowohl ein Nachlaßgläubiger gegen eine Privatforderung des Erben an ihn, als auch ein Privatgläubiger des Erben gegen seine Schuld an den Nachlaß aufrechnen. Wird aber nach erklärter Aufrechnung der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet, so fällt diese Verschmelzung

---

[66]) So Planck, Schollmeyer und Kuhlenbeck zu § 392 3.

[67]) Die zu schützende Person ist der Pfändungspfandgläubiger. E. I § 286 hatte das ausdrücklich bestimmt. Gegenüber seinem Gläubiger kann der Schuldner einen Bereicherungsanspruch haben, wenn er an den Pfändungspfandgläubiger zahlen mußte.

[68]) Vgl. RG. Bd. 58 S. 105 ff.

[69]) Anders Weigelin S. 94 Anm. 81.

von Nachlaß und Erbenvermögen mit rückwirkender Kraft wieder weg.[70]) Daraus folgt dann, daß im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung infolge der Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß die erforderliche Gegenseitigkeit gefehlt hat.

a) Hat der Nachlaßgläubiger ohne Zustimmung des Erben gegen dessen Privatforderung an ihn aufgerechnet, so ist diese Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen, da nach § 1975 BGB. dem Nachlaßgläubiger das Erbenvermögen jetzt nicht mehr haftet. Daher bleibt die Aufrechnung wirksam, wenn der Erbe überhaupt unbeschränkt haftet.[71]) § 2013 I BGB.

Ist die Aufrechnung mit Zustimmung des Erben erfolgt, so bleibt sie wirksam. Arg. e contrario § 1977 I.[72]) Der Erbe wird aber gegenüber der Masse ersatzberechtigt wie oben N. 30.[73])

Nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung kann der Nachlaßgläubiger gegen eine Privatforderung des Erben an ihn nicht aufrechnen, da ihm der Erbe nicht mehr persönlich haftet. § 1975 BGB. (Der Forderung des Nachlaßgläubigers steht die Einrede der beschränkten Haftung gegenüber. § 390 BGB.) Daher kann er aufrechnen, wenn der Erbe generell unbeschränkt haftet, und er kann es auch dann, wenn die unbeschränkte Haftung nur diesem Nachlaßgläubiger gegenüber besteht.[74])

b) Hat ein Privatgläubiger des Erben gegen seine Schuld

[70]) Jaeger § 225 KO. Anm. 29.

[71]) Nach Siber S. 106 c Abs. II a. E. bleibt die Aufrechnung auch dann bestehen, wenn der Erbe nur gegenüber dem aufrechnenden Nachlaßgläubiger unbeschränkt haftet. Dem steht auch § 2013 II nicht im Weg. Denn die Bestimmung des § 2013 II gilt nur im Verhältnis zu den Gläubigern, denen der Erbe beschränkt haftet. Staudinger zu § 2013 II B.

[72]) Weigelin S. 96 Anm. 87 mit der Begründung, daß in diesem Vorgang ein Aufrechnungsvertrag liege. Das kann, muß aber nicht sein. Die Zustimmung ändert die rechtliche Natur und Wirkung der eingetretenen Aufrechnung nicht, zumal wenn man bedenkt, daß Zustimmung nach BGB. sowohl vor als auch nach Vornahme des Rechtsgeschäftes erfolgen kann, dem zugestimmt wird.

[73]) Jaeger § 53 Anm. 15 α a. E., Siber S. 107 oben.

[74]) Siber S. 106 c Abs. II, vgl. oben N. 71.

an den Nachlaß aufgerechnet, so ist diese Aufrechnung nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung als nicht erfolgt anzusehen, § 1977 II, da nach § 1975 BGB., § 226 KO. ihm der Nachlaß nicht haftet, also die Gegenseitigkeit fehlt. Doch bleibt die Aufrechnung wirksam, wenn der Erbe generell unbeschränkt haftet. § 2013 I BGB. Der Erbe kann dann gegenüber der Masse nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung haften,[75] da er auf ihre Kosten von einer eigenen Verbindlichkeit befreit worden ist.

Gleichgültig ist es, ob die Aufrechnung mit oder ohne Zustimmung des Erben erfolgt ist; auch die mit Zustimmung des Erben erfolgte Aufrechnung bleibt unwirksam.[76] Nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses bezw. der -Verwaltung kann der Privatgläubiger gegen seine Schuld an den Nachlaß überhaupt nicht aufrechnen, da ihm der Nachlaß arg. § 1975 BGB., § 226 KO. nicht haftet.[77]

§ 6. Fehlen von Aufrechnungsverboten.

Als solche kommen in Betracht gesetzliche und rechtsgeschäftliche. Den Inhalt der letzteren werden besonders die Aufrechnung erschwerende Parteivereinbarungen bilden; ihre Grenze sind nur die §§ 134, 138 BGB.[1]

Das Vorhandensein solcher Aufrechnungsverbote, auch der vertragsmäßigen, hindert die Entstehung des Aufrechnungsrechts und bewirkt, daß eine trotzdem erklärte Aufrechnung ohne Wirkung bleibt.[2]

I. Die gesetzlichen Aufrechnungsverbote des BGB. und sonstiger Reichsgesetze verbieten die Aufrechnung gegen bestimmt geartete Passivforderungen, schließen dagegen die Aufrechnung mit solchen Forderungen nicht aus. Diese ist vielmehr als zulässig zu erachten.

---

[75]) Jaeger § 53 Anm. 17.

[76]) So Weigelin S. 97 Anm. 90, Staudinger zu § 1977 3b Abs. II. Das ergibt sich schon aus § 1977 I e contr., der unterscheidet, ob die Aufrechnung mit oder ohne Zustimmung des Erben erfolgt ist. In Abs. II ist dieser Unterschied nicht gemacht.

[77]) Jaeger § 53 Anm. 18, a. A. Siber S. 105 IV.

[1]) Siehe unten N. 10.

[2]) Schollmeyer zu § 391 3.

Fallen beide Forderungen unter das Aufrechnungsverbot, so entsteht für keinen Teil ein Aufrechnungsrecht.

a) Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (§ 823 ff. BGB.) kann der Schuldner derselben nicht aufrechnen. Er soll den Schadensersatz vielmehr realiter leisten. § 393 BGB. Gegen vertragliche Schadensersatzforderungen, z. B. wegen positiver Vertragsverletzung, kann der Schuldner aufrechnen.[3])

b) Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen sie nicht statt. § 394 BGB. Ausnahme Satz 2 des § 394.[4]) Eine Aufzählung der Bestimmungen, nach denen eine Forderung nicht pfändbar ist, kann unterbleiben.[5]) Wenn zugunsten bestimmter Ansprüche die Pfändung gestattet ist, kann mit diesen Ansprüchen auch gegen die sonst unpfändbare Forderung aufgerechnet werden; denn insoweit ist sie pfändbar.

c) Gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist. § 395 BGB. Grund dieser Vorschrift ist nicht eine etwa vorhandene Rechtspersönlichkeit der Kassen, sondern administrative Zweckmäßigkeitsrücksicht.

d) Im Gesellschaftsrecht besteht das gesetzliche Aufrechnungsverbot für den Aktionär, den Kommanditisten bei der Kommandit-

---

[3]) Planck zu § 393, Schollmeyer ebenda, Rehbein Anm. 32.

[4]) Die Frage, ob in diesem wie in den sonstigen Fällen der Aufrechnungsverbote gegenüber dem aufrechnungsunfähigen Anspruch das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist oder nicht, kann hier des näheren nicht behandelt werden. Seine Ausübung ist zulässig. So Planck zu § 394 2, Schollmeyer eod. 1, Rehbein Anm. 33 S. 361, Weigelin S. 109 1, Kuhlenbeck § 394 1.

[5]) Vgl. die Kommentare zu § 394 und zur ZPO. § 850 bis 852. Aufzählung bei Planck in § 394 I, Endemann S. 832 Anm. 25; vgl. den Vorbehalt in EG. zum BGB. Art. 81 und die Ausführungsbestimmungen in Art. 12 Bayer. AG. zum BGB., vgl. noch Art. 21 Bayer. AG. zum BGB. (Vorbehalt Art. 95 EG. zum BGB.).

gesellschaft auf Aktien, das Mitglied der G. m. b. H., der eingetragenen Genossenschaft und des Privatversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit gegen seine Einlageschuld. §§ 221 Satz 2, 320 Abs. 3 HGB.; Gesetz, betr. die G. m. b. H. § 19 II; Genossenschaftsgesetz § 22 III; Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen §§ 26, 53, 85 II.[6]) Umgekehrt kann die Gesellschaft mit der Einlageforderung aufrechnen. Das wird praktisch insbesondere im Konkursfall.[7]) Vgl. noch § 105 V Genossenschaftsgesetz.[8])

II. Die vertragsmäßigen Aufrechnungsverbote sind meist Erschwerungen der Aufrechnung.[9]) In dem Vertrag kann allgemein jede Aufrechnung gegen die darin genannte Forderung oder auch nur die Aufrechnung mit bestimmten Forderungen ausgeschlossen sein. Allein auch für den ersteren Fall, wonach jede Aufrechnung ausgeschlossen sein soll, hat das Reichsgericht[10]) entschieden, daß der vertragsmäßige Ausschluß der Aufrechnung gegen die aus dem Vertrag entspringende Forderung nicht auf solche Ansprüche bezogen werden könne, die dem aus dem Vertrag Verpflichteten (dem Käufer) aus einem betrügerischen Verhalten des anderen Teils (des Verkäufers) beim Vertragsschluß entstanden seien (scil. ohne daß eine Anfechtung des Vertrags erfolgt ist). Wenn der Verkäufer sich einem solchen Anspruch gegenüber auf den vertragsmäßigen Ausschluß der Aufrechnung berufe, so handele er wider die guten Sitten und gegen Treu und Glauben, könne also damit nicht gehört werden. Einen besonderen Fall vertragsmäßiger Erschwerung der Entstehung des Aufrechnungsrechts bildet der Kontokorrentvertrag, der

---

[6]) Rehbein S. 332/3 führt das auf den Mangel der Gleichartigkeit zurück. Daß das nicht richtig ist, ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz es ausdrücklich für nötig befunden hat, das spezielle Aufrechnungsverbot neben dem Erfordernis der Gleichartigkeit aufzustellen, vgl. Rehbein S. 340.

[7]) Jaeger Anm. 14.

[8]) Jaeger § 53 Anm. 23, § 55 Anm. 12.

[9]) Eine widerlegbare gesetzliche Vermutung dieser Art enthält § 391 II. Endemann S. 832 Anm. 26 nimmt bei der Hinterlegung vertragsmäßigen Aufrechnungsausschluß an.

[10]) Bd. 60 S. 294.

von den Bestimmungen der §§ 387—396 BGB. überhaupt nicht berührt wird. Hier können während der Rechnungsperiode die im Kontokorrent laufenden Forderungen nicht aufgerechnet werden.[11]) Die nach Abschluß der Rechnungsperiode durch die Saldoziehung erfolgende Ausgleichung der beiderseitigen Forderungen ist keine einseitige Aufrechnung nach § 387 BGB., sondern Aufrechnungsvertrag,[12]) d. h. gegenseitiger Erlaßvertrag. Durch Vertrag können aber auch die gesetzlichen Aufrechnungsverbote aufgehoben werden. Insbesondere kann entgegen dem § 394 BGB. der Gläubiger der Passivforderung die Aufrechnung gegen diese Forderung gestatten.[13]) Für den § 393 ist das auch zulässig.

§ 7. II. Die Aufrechenbarkeit und der Aufrechnungsvollzug.

I. Die Aufrechenbarkeit als solche ist gegeben mit dem Vorhandensein der sämtlichen vorausgehend dargestellten gesetzlichen und eventuell noch weiter durch zulässige Parteivereinbarung hinzugefügten Voraussetzungen. Liquidität und rechtlicher Zusammenhang der beiden Forderungen sind nicht mehr materielle Aufrechnungsvoraussetzung. Gegen die Gefahr der Verschleppung des Prozesses durch das Vorbringen nicht konnexer Aufrechnungseinwendungen schützen die §§ 145 III und 302 ZPO. Die Zurückweisungsbefugnis nach § 529 III ZPO. ist auch gegenüber konnexen Gegenforderungen gegeben (Vorbehaltsurteil §§ 529 III, 540, 541 ZPO.). Gegenüber der Aufrechnung illiquider Forderungen gibt es einen besonderen beschleunigenden prozessualen Rechtsbehelf nicht. Hier ist nur die allgemeine Möglichkeit der Zurückweisung eines in Verschleppungsabsicht gemachten Aufrechnungseinwands oder einer gerichtlichen Aufrechnungserklärung nach § 279 ZPO. gegeben.[1])

[11]) Schollmeyer § 389 3.

[12]) Rehbein S. 333 Anm. 6, Kuhlenbeck bei Staudinger vor § 387 I, III 2, Oetker Bd. I S. 255 ff., insbes. S. 256 IV.

[13]) Schollmeyer zu § 394 3 a. E., a. A. Rehbein S. 360 IV, Weigelin S. 127 7.

[1]) Vgl. Rehbein Anm. 21, Schollmeyer § 387 II und Seuffert zu § 145 4 ZPO., wo behauptet wird, daß die §§ 145 III und 302 ZPO. auch

Das Bestehen der Aufrechenbarkeit als solcher hat keine weitere Wirkung, als die Entstehung des Aufrechnungsrechts. Erst die Ausübung des Aufrechnungsrechts, das kein bloßes Einrederecht,[2]) sondern ein Recht zur Aufhebung der Forderungen ist, ist die Aufrechnung mit den Folgen des § 389 BGB. Insbesondere hat die Aufrechenbarkeit als solche keine tilgende Wirkung auf die Forderungen, auch nicht eine durch die Aufrechnungserklärung gesetzlich bedingte. Sie berührt den Rechtsbestand der Forderungen in keiner Weise.[3])

Die Aufrechenbarkeit als solche hindert nicht den Eintritt eines Schuldner- oder Gläubigerverzugs (arg. § 554 II BGB.), den Verfall einer Vertragsstrafe, die Entstehung von Schadensersatzansprüchen auf Grund des Vertrages oder den Lauf der Zinsen. Erst die Aufrechnungserklärung und ihre Rückwirkung übt hier Einfluß aus (vgl. § 8 II).

II. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. § 388 BGB. Im Moment der Erklärung müssen die sämtlichen Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sein. Ihr Fehlen in diesem Zeitpunkt wird auch nicht durch die Rückwirkung des § 389 BGB. auf den Zeitpunkt ersetzt, in dem sie gegeben waren (unten § 8 V). Insbesondere kann sie nicht im voraus, für den Fall, daß der sie Erklärende demnächst Schuldner des anderen Teils werden sollte, abgegeben werden.[4])

---

für illiquide Forderungen gelten sollen. Liquidität und Konnexität sind aber zwei verschiedene Begriffe und die angeführten Paragraphen sprechen nur von inkonnexen Forderungen. Vgl. Seuffert zu § 33 ZPO. 2 e.

[2]) Weigelin S. 128, woselbst die Literatur angeführt ist.

[3]) Herrschende Lehre: Siber S. 131 b, Weigelin S. 10 ff., Cosack § 111 II 2, Planck Vorbem. 2 vor § 387, Schollmeyer Vorbem. 1 b, Rehbein Anm. 26, Wilmowski S. 241 oben. A. A. Endemann I S. 824 c, Dernburg, Oertmann Archiv XIII S. 125, XIV S. 356. Dagegen besonders Kipp S. 439 mit dem zutreffenden Grund, daß, wenn man die Bestimmung des § 159 BGB. auf die dann vorliegende gesetzliche Bedingung anwenden würde, eine dingliche Rückwirkung nach § 159 BGB. ja ausgeschlossen wäre. Kohler, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 24 S. 32 spricht von einer Vinkulierung, die durch das Gegenübertreten beider Forderungen eintrete.

[4]) RG. J. W. 1903 Beil. S. 124.

In Ausnahmefällen ist trotz Fehlens einer Voraussetzung die Aufrechnung zulässig, so z. B. gegen die an sich durch den Rücktritt vom Vertrag nach § 357 BGB. erloschene Verbindlichkeit.[5]

Eine zeitliche Grenze ist für die Erklärung der Aufrechnung nicht gesteckt, solange nur die Voraussetzungen noch vorhanden sind. Eine Ausnahme in dieser Hinsicht macht für bestimmte Wirkungen der Aufrechnung § 554 II BGB., indem er eine unverzügliche Aufrechnung verlangt; wird die Aufrechnung hier verspätet erklärt, so bleibt sie zwar wirksam, aber die Kündigung bleibt bestehen.[6] Wird die Aufrechnung im Fall des § 357 BGB. nicht unverzüglich erklärt, so bleibt der Rücktritt gültig und die Aufrechnung ist überhaupt unwirksam.[7]

Da nicht die Aufrechenbarkeit als solche, sondern erst die erklärte Aufrechnung den rechtsaufhebenden Einwand der Tilgung der Klagforderung gibt, so kann der Schuldner, auch wenn er in der mündlichen Verhandlung die Aufrechnung hätte erklären können, trotz seiner Verurteilung zur Zahlung nachträglich noch aufrechnen und die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. erheben.[8]

1. Die Aufrechnungserklärung als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft unterliegt den Bestimmungen der §§ 104 ff. BGB., ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 116 ff. nichtig, bezw. anfechtbar, bedarf zu ihrer Wirksamkeit des Zugehens nach §§ 130 ff. BGB., kann bis dahin wirksam widerrufen werden, § 130 I Satz 2, und ist formlos.

2. a) Berechtigt zur Erklärung der Aufrechnung ist im Regelfall der Gläubiger der Aktivforderung, bezw. dessen hierzu bevoll-

---

[5]) Kipp S. 440a, Siber S. 112.

[6]) Planck zu § 554 3.

[7]) Planck ebenda a. E.

[8]) Weigelin S. 129 Anm. 4 mit Literatur, dazu Rehbein Anm. 26, Planck § 389 4 und Kuhlenbeck § 389 5. A. A. Jaeger § 53 Anm. 22 und Seuffert zu § 767 ZPO. 3 b, da das hier vorgebrachte Argument formalistisch sei. Das ist es aber nicht, sondern es hängt mit dem Wesen der Aufrechenbarkeit und der Bedeutung der Aufrechnungserklärung zusammen.

mächtigter oder gesetzlicher Vertreter. Die §§ 174, 180 BGB. gelten für die Aufrechnungserklärung.[9])

Mehrere zusammen Berechtigte haben, falls nicht der einzelne eine gesetzliche Vertretungs- oder Vollmacht hat, die Erklärung gemeinsam abzugeben. Daß die Prozeßvollmacht zur Abgabe und zur Entgegennahme der Aufrechnungserklärung berechtigt, ist jetzt herrschende Lehre und durch das Reichsgericht festgelegte Praxis.[10])

b) Ausnahmsweise sind auch dinglich berechtigte Nichtvertreter zur Erklärung der Aufrechnung berechtigt, so der Ehemann im Fall des §§ 1376 Ziff. 2 BGB.,[11]) 1525 II (der Fall des § 1439 wird hier nicht praktisch, da bei Forderungen des Sondergutes die Gleichartigkeit fehlen wird), 1550 II. Daß die Ehefrau nicht aufrechnen kann, ergibt sich aus § 1395 BGB. Will der andere Teil aufrechnen, so kommt § 1403 II Satz 1 und Satz 2 in Betracht.[12]) Daß sich die Legitimation des Nießbrauchers zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnungserklärung aus §§ 1087 II Satz 1, 1085 mit 1074 BGB. ergebe,[13]) ist unrichtig. Vielmehr ergibt sich aus § 1074 Satz 3 das Gegenteil (oben § 5 Anm. 8).[14]) Daß der Nutznießer am Kindesvermögen zur Aufrechnung legitimiert ist, ist eine Folge seiner Vertreterstellung und des Fehlens einer dem § 1812 BGB. analogen Bestimmung.[15])

3. Die Erklärung der Aufrechnung erfolgt gegenüber dem anderen Teil. Anderer Teil ist der Gläubiger der Passivforderung, bezw. dessen Vertreter, der im Fall des § 406 BGB. nicht identisch ist mit dem Schuldner der Aktivforderung.[16]) Sind auf der Passivseite mehrere Gesamtgläubiger vorhanden, so ist die Aufrechnung

---

[9]) Planck zu § 388 1.

[10]) Seuffert zu § 81 ZPO. 3. Anders Planck § 388 2.

[11]) Staudinger zu § 1376 2 b.

[12]) Siber S. 112 3.

[13]) Siber S. 98.

[14]) Staudinger § 1074 1 c.

[15]) Staudinger § 1634 II 2 Abs. 2, § 1812 I b.

[16]) Siber S. 101 läßt auch die Aufrechnungserklärung nach § 406 BGB. gegenüber dem alten Gläubiger (Zedenten) wirksam sein.

gegenüber dem Gläubiger zu erklären, der Schuldner der Aktivforderung ist.

Im Falle der §§ 407/412 BGB. und in den Fällen, in denen § 407 Anwendung findet, ist es nicht mehr der wirkliche, sondern nur der dem Aufrechnenden als solcher erscheinende Gläubiger der Passivforderung (der Zedent), dem gegenüber aufgerechnet werden kann.[17])

Für die Aufrechnung gegenüber dem Ehemann beim gesetzlichen Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft kommt § 1403 II in Betracht.

4. Die Aufrechnungserklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung abgegeben wird. § 388 Satz 2 BGB.

Über die Bedeutung dieses Satzes für die Lehre von der sogenannten Eventualaufrechnung herrscht Streit.[18]) Unter dem Begriff der Eventualaufrechnung werden mehrere Formen der Aufrechnungserklärung zusammen gefaßt, die zudem noch verschieden sind, je nachdem sie außerhalb des Prozesses oder im Prozeß vorgenommen werden.

A. Außerhalb des Prozeßes kommt die Eventualaufrechnung in zwei Formen vor:

a) Der Aufrechnende bestreitet die Gegenforderung und rechnet nur unter der „Bedingung" auf, daß die Gegenforderung besteht.

b) Der Aufrechnende behauptet, der Gegenforderung stehe eine näher bezeichnete materiellrechtliche oder prozessuale[19]) Einrede entgegen und rechnet nur unter der „Bedingung" auf, daß diese Einrede nicht begründet ist.

---

[17]) Weigelin S. 137. Nur in diesem Fall kann gegenüber dem alten Gläubiger aufgerechnet werden.

[18]) Eine erschöpfende Behandlung der Frage kann hier unmöglich stattfinden. Die Darstellung macht nicht den Anspruch auf Vollständigkeit; sie versucht nur eine Zusammenstellung.

[19]) Z. B. der Klagänderung. Schollmeyer § 388 a. E. Die Behauptung entgegenstehender Einwendungen fällt unter a.

B. Wenn die Eventualaufrechnung im Prozeß erklärt wird, so sind vier verschiedene Formen möglich:[20])

a) 1. Der Aufrechnende bestreitet die Klagforderung und rechnet nur unter der „Bedingung“ auf, daß dieselbe besteht.

2. Der Aufrechnende bestreitet die Klagforderung und rechnet unter der Bedingung auf, daß das Gericht zur Überzeugung kommt, daß die Klagforderung begründet ist, also das Bestehen derselben feststellt.

b) 1. Der Aufrechnende behauptet, der Klagforderung stehe eine bestimmte Einrede gegenüber und rechnet nur unter der „Bedingung“ auf, daß diese nicht begründet ist.

2. Der Aufrechnende behauptet, der Klagforderung stehe eine bestimmte Einrede gegenüber und rechnet nur unter der Bedingung auf, daß das Gericht die Überzeugung vom Nichtbestehen derselben erlangt.

C. Als weitere Form der Aufrechnung im Prozeß hat man die sogenannte Vorbehaltsaufrechnung konstruiert, d. h. die Aufrechnung, bei der der Beklagte zwar die Klagforderung bestreitet, ohne aber die Aufrechnung vom Beweis ihrer Existenz abhängig zu machen.[21]) In diesem Fall ist der Aufrechnungserklärung keine Bedingung beigefügt.

Hinsichtlich der Bedeutung und Wirksamkeit dieser verschiedenen Arten der Eventualaufrechnung ist nun folgendes zu sagen:

Zu A a. Die Aufrechnungserklärung unter der Bedingung, daß die Gegenforderung besteht, enthält keine wahre Bedingung. Denn das Bestehen der Gegenforderung ist Rechtsbedingung (condicio juris) der Wirksamkeit der Aufrechnung und die Aufnahme der Rechtsbedingung in die Erklärung der Partei schadet auch da

[20]) Von der Eventualaufrechnung im Prozeß muß man die eventuelle Berufung auf eine vor Prozeßbeginn unbedingt erklärte Aufrechnung unterscheiden. Dadurch wird ein Verteidigungsmittel sekundär vorgebracht, kann aber vom Gericht sofort zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht werden. Weigelin S. 134 Anm. 18; vgl. unten § 8 IV nach N. 17.

[21]) Schollmeyer zu § 388 2 c, Weigelin S. 135/36.

nichts, wo die Hinzufügung einer eigentlichen Bedingung vom Gesetz verboten worden ist.[22])

Zu A b. Die Aufrechnungserklärung unter der Bedingung, daß der Klagforderung eine Einrede nicht entgegenstehe, enthält zwar keine Rechtsbedingung. Denn gegen einredebehaftete Forderungen kann aufgerechnet werden.[23]) Allein die Aufrechnungserklärung verstößt trotzdem nicht gegen § 388 Satz 2 BGB. Denn das Nichtbestehen der Einrede ist kein zukünftiges ungewisses Ereignis, sondern eine in der Gegenwart objektiv feststehende Tatsache, über die nur subjektiv Ungewißheit herrscht. Der Aufrechnungserklärung ist daher hier eine condicio in praesens vel praeteritum collata beigefügt, und deren Beifügung macht das Rechtsgeschäft auch dann nicht nichtig, wenn die Vornahme desselben unter einer wirklichen Bedingung unwirksam ist. Die Wirkung der Aufrechnung tritt objektiv in diesem Fall sofort ein, wenn die Einrede nicht besteht; nur ist es den Parteien noch unbekannt, ob sie eingetreten ist oder nicht. Besteht die Einrede, so ist die Aufrechnung nicht eingetreten, aber auch dann besteht Ungewißheit.[24]) Allerdings ergibt sich daraus nicht, daß es zulässig wäre, der Aufrechnungserklärung jede auf die Gegenwart oder Vergangenheit abgestellte Bedingung beizufügen. Sobald die Bedingung einen in bezug auf das Rechtsgeschäft un-

[22]) Vgl. E. I zum BGB. § 140, Motive dazu Abs. III, Staudinger vor § 158 BGB. 7a, Planck zu § 388 3, Siber S. 118/119, Langheineken S. 132 Anm. 2. A. A. Kipp II S. 443, Hellwig S. 239 Anm. 47, welch letzterer die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld für zulässig erachtet, also keine condicio juris annimmt.

[23]) Langheineken S. 132 Anm. 3.

[24]) Vgl. aber E. I § 137 Abs. 3 und Motive dazu Abs. I a. E., die für die Regel auch die Beifügung dieser uneigentlichen Bedingung ausschließen. Ebenso Planck zu § 158 Anm. 7. Wie hier Siber S. 120 b und Schollmeyer S. 342. Mit Rücksicht auf die möglicherweise lange dauernde Ungewißheit läßt Planck § 390 4 a und ebenso Kuhlenbeck (Staudinger) § 388 2 b die Aufrechnung nicht zu, sondern verweist den Schuldner auf unbedingte Aufrechnungserklärung und Bereicherungsklage, falls er die Einrede nicht gekannt oder im Zweifel über das Bestehen derselben aufgerechnet habe. Denn letzterer stehe dem Kennen nicht gleich.

verständlichen oder widersinnigen Sinn hat (vgl. das Beispiel bei Schollmeyer), ist sie nichtig und damit nach § 139 BGB. die Aufrechnung selbst, da nicht anzunehmen ist, daß letztere ohne die erstere erklärt worden wäre.[25])

Zu B a 1. Für die im Prozeß unter der Bedingung erklärte Aufrechnung, daß die Klagforderung besteht, gilt das unter A a Gesagte.

Zu B a 2. Meist wird jedoch die im Prozeß für den Fall des Bestehens der Klagforderung erklärte Aufrechnung den Sinn haben, daß sie für den Fall erklärt ist, daß das Gericht die Klagforderung als bestehend feststellt. Ob sie den einen oder den anderen Sinn hat, ist Tatfrage; in der Regel wird sie aber in dem hier angeführten Sinn gemeint sein.[26]) Hier ist die Rechtslage nun eine andere. Hier ist die Aufrechnung erklärt für den Fall des Eintritts eines künftigen ungewissen Ereignisses, das vom Willen der Parteien unabhängig ist, nicht unter einer condicio juris.[27]) Die Aufrechnung ist also unter einer echten Bedingung erklärt. Trotzdem aber wird sie mit Recht für zulässig erachtet. Ihre Zulässigkeit folgt aus den §§ 209 Ziff. 3 und 215 BGB. und aus den §§ 145 und 302 ZPO.[28])

Da die Eventualaufrechnung unter dieser echten Bedingung für zulässig erachtet wird, so müssen auch die Bestimmungen über

---

[25]) Vgl. Staudinger vor § 158 BGB. 7 e, Planck zu § 158 8 a. E, E. I § 139 und Motive dazu, Siber S. 121 ff.

[26]) Hellwig S. 243 Anm. 21. A. A. Weigelin S. 137 Anm. 27. Rehbein S. 351 Abs. III behauptet, die Bedingung habe nie einen anderen Sinn als den, daß die Aufrechnung abhängig gemacht werde vom Bestehen der Klagforderung (A a).

[27]) A. A. Schollmeyer S. 336 wegen der bloß deklaratorischen Natur des Urteils. Wie hier Hellwig S. 244 Anm. 22, Jaeger § 53 Anm. 1. Die Motive zum BGB. II S. 109 rechtfertigen die Eventualaufrechnung ganz allgemein damit, daß die Bedingung Rechtsbedingung sei.

[28]) Hellwig S. 244 Anm. 23—24 a, Rehbein Anm. 25, Schollmeyer § 388 2 c, Kipp S. 443/44, der sie im Prozeß für zulässig erachtet. A. A. Weigelin S. 137 Anm. 28 und S. 140 Anm. 36; vgl. unten § 8 IV.

die Bedingung in diesem Fall angewendet werden.[29] Die Wirkung dieser Aufrechnung, d. h. die Tilgung der beiden Forderungen tritt erst mit Erfüllung der Bedingung ein, also erst, wenn das Gericht festgestellt hat, daß die Klagforderung besteht. Daher ist immer eine Beweiserhebung über die Klagforderung nötig, da sie ja primär immer bestritten worden ist. Wenn nun auch die Wirkung der Aufrechnungserklärung nicht sofort, sondern erst mit Feststellung der Klagforderung durch das Gericht eintritt, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß diese jetzt eingetretene Wirkung nach § 389 BGB. auf den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit zurückwirkt. Denn die Rückwirkung des § 389 hat mit dem Ausschluß der dinglichen Rückwirkung nach § 159 BGB. nichts zu tun. Der Ausschluß der dinglichen Rückwirkung besagt nur, daß die Aufrechnungserklärung erst im Moment des Bedingungseintritts wirksam wird, hindert aber nicht, daß auf Grund der jetzt wirksam gewordenen Aufrechnungserklärung die Rückwirkung des § 389 BGB. eintritt. Da die Aufrechnungserklärung erst im Moment des Bedingungseintritts wirksam wird, so ist auch die Frage, ob die Aufrechnungsvoraussetzungen vorhanden sind, nicht nach dem Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung, sondern nach dem der Urteilsfällung, als dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts zu beurteilen.[30] Daher genügt es z. B., wenn die aufzurechnende Forderung im Zeitpunkt der Urteilsfällung fällig war.[31] Das Gericht weist die Klage auf Grund der Aufrechnung nur ab, wenn es beide Forderungen für bestehend und die Aufrechnung für wirksam erachtet. Stellt es das Nichtbestehen der Klagforderung fest, so wird die Klage aus diesem Grund abgewiesen; dann ist die Bedingung der Aufrechnungserklärung ausgefallen und

[29]) Das Folgende nach Hellwig S. 245.

[30]) Kuhlenbeck (Staudinger) § 388 2 b. Vgl. aber Staudinger zu § 158 BGB. 6, wonach Formbedürftigkeit und Geschäftsfähigkeit sich nach dem Zeitpunkt der Vornahme des bedingten Geschäftes richten. Andererseits läßt er aber für die Existenz des Gegenstandes den Augenblick der Erfüllung der Bedingung maßgebend sein.

[31]) So Hellwig I S. 245 Anm. 30.

dieselbe gilt dann als nicht erklärt. Die aufgerechnete Forderung bleibt in diesem Fall bestehen.

Zu B b 1. Wenn der Beklagte im Prozeß unter der Bedingung aufrechnet, daß der Klagforderung eine Einrede nicht entgegensteht, so ist diese Aufrechnung ebenso zuläſſig, wie die außerprozeſſuale im gleichen Fall; denn auch hier liegt dann eine auf die Gegenwart oder Vergangenheit abgestellte Bedingung vor.[32])

Zu B b 2. Meist wird aber auch hier die Aufrechnung den Sinn haben, daß nur für den Fall aufgerechnet sein soll, daß das Gericht das Nichtbegründetsein der primär vorgebrachten Einrede feststellt.[33]) Trotzdem die Aufrechnung dann unter einer wahren Bedingung erklärt wird, muß sie aus denselben Gründen, wie die Aufrechnung bei primärem Bestreiten der Klagforderung für zulässig erachtet werden. Da es sich dann um eine unter einer echten Bedingung erklärte Aufrechnung handelt, tritt ihre Wirkung erst ein, wenn das Gericht das Nichtbestehen der Einrede feststellt. Daher ist immer zuerst über die Einrede Beweis zu erheben, falls der Kläger sie nicht zugibt. Stellt das Gericht das Bestehen der Einrede fest, so weist es die Klage aus diesem Grund ab; falls es sich um materiellrechtliche Einreden nach BGB. handelt, durch Sachurteil, falls prozessuale Einreden in Frage kommen und die Folge des Bestehens der Einrede Prozeßurteil ist, durch letzteres.

Zu C. Diese Form der Aufrechnung kommt nur im Prozeß vor. Da die Aufrechnung bei ihr nicht bedingt ist, kann ein Zweifel über ihre Zulässigkeit nicht bestehen. Bei dieser Form ist nun weder der Vorbehalt, nämlich das Bestreiten der Klagforderung trotz der unbedingten Aufrechnungserklärung wirkungslos, noch die

[32]) Schollmeyer S. 342. Als Eventualaufrechnung im Prozeß wird sie auch von Planck § 390 4 b für zulässig erachtet, da die primäre Einrede gebraucht sei, also im Prozeß darüber entschieden werden müsse und daher die Ungewißheit nicht über das Ende des Prozesses hinaus dauere. Das Ergebnis folgt für Planck nur aus praktischen Erwägungen, insbesondere der Parallele zur Aufrechnung im Fall des Bestreitens der Klagforderung.

[33]) Siber S. 120 4 bestreitet zu Unrecht die Möglichkeit dieser Auslegung der Aufrechnungserklärung.

Aufrechnung selbst unzulässig.[34]) Allein auch bei ihr kann die Abweisung der Klage auf Grund der Aufrechnung nur erfolgen, wenn das Gericht die Klagforderung als bestehend feststellt, auch wenn der Beklagte die Aufrechnung nicht hiervon abhängig machen will. Denn Erfordernis einer wirksamen Aufrechnung ist eben der Bestand der Forderung, gegen die aufgerechnet wird. Es muß daher auch hier bei unstreitiger Forderung des Beklagten erst der Beweis über die streitige Klagforderung erhoben werden, falls nicht der Beklagte deren Bestand nachträglich zugibt.[35]) Dann erst ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif.

5. Für die Natur der Aufrechnung bleibt es gleichgültig, ob sie außergerichtlich oder im Prozeß erklärt wird. Auch die im Prozeß erklärte Aufrechnung ist, wenn auch Prozeßhandlung, so doch gewöhnliche Aufrechnung und zerfällt nicht a) in das zivilrechtliche Rechtsgeschäft der Aufrechnung, das unter bürgerlichrechtlichen Grundsätzen steht, und b) in die Prozeßhandlung des Vorbringens der durch diese Aufrechnung entstandenen rechtsaufhebenden Einwendung.[36])

Ob die im vorbereitenden Schriftsatz erklärte Aufrechnung nur Ankündigung der Aufrechnungsabsicht für die mündliche Verhandlung oder sofort wirkensollende Aufrechnungserklärung ist, ist reine Tatfrage und nur nach dem erklärten Willen des Aufrechnenden zu entscheiden.[37]) Allein auch wenn letzteres der Fall ist

---

[34]) Weigelin S. 136 Anm. 26 und Schollmeyer S. 336 oben.

[35]) Schollmeyer zu § 388 2 c, Jaeger § 53 Anm. 1, Rehbein Anm. 25, Planck zu § 390 Anm. 5. A. A. nach Stölzel (in allen Fällen) insbesondere Kipp S. 444 ff. und Hellwig S. 244 Anm. 27 für einen besonderen Fall.

[36]) So Planck zu § 388 2. Wie hier Seuffert zu § 145 ZPO. 4 a, Hellwig I S. 242 Anm. 16 und Kuhlenbeck (Staudinger) vor § 387 I Abs. III.

[37]) So Schollmeyer § 388 2 a, Planck § 388 2 a. E. und § 143 1, Rehbein Anm. 24, Weigelin S. 157 Anm. 1 und Kuhlenbeck zu § 388 1 a. E. A. A. Hellwig S. 243 Anm. 17 und Wach, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 27 S. 15 (Aufrechnung im Schriftsatz ist immer nur Ankündigung der Aufrechnungsabsicht); vgl. RG. J. W. 1902 S. 532 und Bd. 53 S. 148 (Anfechtung), J. W. 1904 S. 65.

(d. h. die Aufrechnung sofort erklärt sein soll), so hat das Gericht die tilgende Wirkung der Aufrechnung nur dann zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen, wenn die Aufrechnungserklärung in der mündlichen Verhandlung zum Prozeßstoff gemacht worden ist (auch nur durch Vortrag des Klägers, da es sich nicht um eine Einrede handelt). Deshalb bleibt die Wirkung der Aufrechnung für den Prozeß ohne Bedeutung, wenn der Prozeß nicht durch Sachurteil, sondern durch Prozeßurteil oder Klagezurücknahme erledigt wird; ihre materiellrechtlich tilgende Wirkung behält sie aber auch in diesem Fall bei.[38])

Ein Widerruf der im Schriftsatz oder in der Verhandlung zulässig erklärten Aufrechnung mit der Wirkung der Rückgängigmachung des Aufrechnungserfolges ist unmöglich; wohl aber kann der darauf gestützte Einwand dadurch für den Prozeß beseitigt werden, daß die Partei, die sich auf ihn stützt, ihn zurücknimmt.[39]) Dadurch entsteht dann eine materiell unrichtige Entscheidung, indem die an sich erloschene Klagforderung rechtskräftig zugesprochen werden kann. Gegen diese Entscheidung ist auch die Klage aus § 767 ZPO. nicht gegeben.[40])

Jedoch ist zu beachten, daß die Rechtskraft dieses Urteils nur unter den Parteien wirkt, daß also Dritte, die für die durch Aufrechnung erloschene, aber rechtskräftig zugesprochene Klagforderung oder für die aufgerechnete Gegenforderung sich verbürgt oder Pfand bestellt haben, sich trotz der Rechtskraft dieses Urteils auf ihre infolge der Tilgung durch die Aufrechnung eingetretene Befreiung berufen können.[41])

---

[38]) Schollmeyer Vorbem. 2a — Bürgen und Pfänder werden frei —, Seuffert zu § 145 4a, Rehbein Anm. 24 Abs. III. A. A. Hellwig I S. 243 Anm. 18, von seinem Standpunkt aus richtig.

[39]) Siber S. 114 b.

[40]) Schollmeyer Vorbem. 2b Abs. II. Das gilt auch für den Fall, daß der Beklagte es im Prozeß überhaupt unterläßt, den Einwand der außergerichtlich geschehenen Aufrechnung vorzubringen.

[41]) Schollmeyer Vorbem. 2b. Nach Siber S. 114b und Rehbein Anm. 24 Abs. III kann der Aufrechnende selbst die aufgerechnete Gegenforde-

6. Eine Teilaufrechnung ist es nicht, wenn die ganze Aktivforderung gegenüber einer größeren Passivforderung aufgerechnet wird, so daß von dieser letzteren nur ein Teil getilgt wird. Diese Aufrechnungserklärung ist natürlich zulässig. Ebenso ist die Aufrechnung nur mit einem Teil der Aktivforderung zulässig. Denn auch hier ist das Erfordernis gegeben, daß die Leistung gefordert werden kann. Denn der Schuldner hat zwar kein Recht zur Teilleistung, wohl aber kann der Gläubiger nur einen Teil seiner Forderung verlangen.

Alle anderen Beschränkungen der Aufrechnungserklärung hinsichtlich der Forderungen sind aber unzulässig. Unzulässig ist es insbesondere, mit oder gegen einen anders als durch bloße Zahlengröße bestimmten Forderungsteil aufzurechnen. Insbesondere kann nicht gegen den eingeklagten Teilbetrag der Klagforderung aufgerechnet werden, mit der Wirkung, daß die Klage nun als unbegründet abzuweisen wäre, weil dieser Forderungsteil erloschen ist.[42]) Der Klage muß vielmehr dann noch insoweit stattgegeben werden, als noch ein die Aktivforderung übersteigender durch die Aufrechnung

---

rung klagweise gegen den Urteilsgläubiger geltend machen, ohne daß dieser ihm den Einwand der im früheren Prozeß geschehenen Aufrechnung dieser Forderung entgegensetzen kann. Denn dem stehe die Rechtskraft des Urteils entgegen. Die frühere Klagforderung sei rechtskräftig festgestellt und ihr Gläubiger könne nicht behaupten, daß zwar sie bestehe, obwohl gegen sie aufgerechnet sei, daß aber die aufgerechnete, jetzt eingeklagte Forderung durch die Aufrechnung erloschen sei. Nicht richtig ist es aber, wenn Rehbein meint, der Gläubiger der aufgerechneten Forderung könne diese gegenüber der Klagforderung von neuem aufrechnen und Vollstreckungsgegenklage erheben, weil die Rechtskraft im Prozeß über die Klagforderung die in diesem geschehene Aufrechnung beseitige. Denn das letztere ist nicht richtig (vgl. oben N. 38 und Schollmeyer Vorbem. 2 b a. E.). Daß die Wirkung der Aufrechnung bleibt, zeigt die im Text für die Bürgen gezogene Folgerung.

[42]) So Schollmeyer § 389 4. In Seufferts Archiv Bd. 59 S. 346 (OLG. Marienwerder) wird dem Kläger die Befugnis abgesprochen, die Aufrechnungseinrede des Schuldners auf den nicht eingeklagten Teilbetrag seiner Forderung zu verweisen. Vgl. RG. Bd. 57 S. 100. Das ist zwar richtig, hat aber nicht die Wirkung der Klagabweisung, wie im Text ausgeführt ist.

noch nicht getilgter Betrag der Klagforderung vorhanden ist, ohne daß hierzu eine Klagantragserweiterung nach § 268 2 ZPO. nötig wäre,[43]) falls nur die Klage auf das Vorhandensein der ganzen Forderung gestützt ist. Denn die Aufrechnung hat eben nur einen ziffermäßig bestimmten Teil, nicht aber gerade den eingeklagten Teil der Klagforderung getilgt. Der überschießende Betrag der Klagforderung besteht also noch und der Klagantrag ist darnach von selbst berechtigt.[44]) Andererseits kann aber der Kläger eine Kompensationsreplik derart, daß er erklärt, gegenüber der Forderung, mit der gegen seine Klagforderung aufgerechnet wird, mit einer anderen ihm zustehenden Forderung aufrechnen zu wollen, nicht abgeben. Denn durch die Aufrechnungserklärung von der Gegenseite ist die Forderung, gegen die er nun aufrechnen will, schon erloschen. Das gilt insbesondere, wenn er nur einen Teilbetrag seiner Forderung eingeklagt hat und der Beklagte gegen diesen aufrechnet. Er kann dann nicht mehr mit dem nichteingeklagten Rest seiner Klagforderung gegen die Gegenforderung des Beklagten aufrechnen.[45]) Den Einwand einer früher vollzogenen Aufrechnung oder des vertragsmäßigen Ausschlusses der Aufrechnung kann er natürlich bringen. Das Reichsgericht[46]) hat in einem Fall, in dem der Kläger einen Teil seiner Forderung einklagte, den er als den jedenfalls übrig bleibenden Rest bezeichnete, die Aufrechnung gegen diesen eingeklagten Teilbetrag für unzulässig erachtet, indem es aus der Art der Klagstellung und dem Vorbringen des Klägers entnahm, daß derselbe von Anfang an nur auf den durch Aufrechnung keinesfalls getilgten Teil seiner Forderung geklagt habe, d. h. daß er der Aufrechnung durch den Beklagten zuvorgekommen sei, indem er selbst vorsorglich mit dem nicht eingeklagten Teil seiner Forderung gegen die Gegenforderung des Beklagten aufgerechnet habe. Dieses Verfahren ist

---

[43]) Anders Schollmeyer l. c.

[44]) So Weigelin S. 142/43. Für Klagerweiterung Planck § 389 Anm. 1, Rehbein Anm. 29, Kuhlenbeck § 389 2 b.

[45]) Leonhard, Die Aufrechnung S. 175.

[46]) Bd. 57 S. 95.

natürlich rechtlich möglich und eine Gegenaufrechnung des Beklagten ist dann unzulässig.

7. a) Im Fall einer Mehrheit von selbständigen Aktiv- oder Passivforderungen, die sämtlich untereinander zur Aufrechnung geeignet sind, liegt es im Belieben des Aufrechnenden — nicht des anderen Teils — zu bestimmen, welche Forderungen er auf der Aktiv- oder Passivseite zur Aufrechnung verwenden will. § 396 BGB. Es tritt dann die Wirkung des § 389 BGB. nur bezüglich dieser Forderungen ein. Er hat aber dieses Bestimmungsrecht nur bei der Aufrechnungserklärung; natürlich kann er es schon vorher ausüben, nicht aber nachher noch nachholen (arg. § 396 I Satz 2, denn hier wird eine ohne Bestimmung erklärte Aufrechnung vorausgesetzt).

Jedoch steht die tilgende Wirkung in diesem Fall noch in suspenso.[47]) Sie steht unter der gesetzlichen aufschiebenden Bedingung, daß der Aufrechnungsgegner nicht von dem ihm zustehenden Recht des Widerspruchs gegen die Anrechnungsbestimmung Gebrauch macht.[48]) Der Widerspruch muß sich gegen diese Bestimmung richten, ein bloßer Widerspruch gegen die Aufrechnung als solche genügt nicht.[49])

Das Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners steht aber unter der gesetzlichen Präklusion, daß es unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern gebraucht wird. Ist das Widerspruchsrecht präkludiert, so ist die gesetzliche Bedingung ausgefallen und damit endgültig die Wirkung der Aufrechnung eingetreten.

Hat aber der Gegner den Widerspruch wirksam erhoben,[50]) so ist die Rechtslage folgende:

[47]) Eine im Gesetz nicht begründete Konstruktion vertritt Kuhlenbeck (Staudinger) § 396 2.

[48]) Weigelin S. 151 Anm. 16 und 17.

[49]) Weigelin S. 150. Vgl. Oberstes Landesgericht Seufferts Archiv Bd. 60 S. 90: Der Widerspruch gegen die Aufrechnung enthält, falls dem Widersprechenden mehrere Forderungen gegen den Aufrechnenden zustehen, nicht ohne weiteres den Widerspruch gegen die Anrechnungsbestimmung.

[50]) Der Widerspruch ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die Prozeßvollmacht berechtigt zu seiner Abgabe und Entgegen-

α) Lag eine Mehrheit aufrechnungsfähiger Passivforderungen vor,[51]) so bewirkt der Widerspruch als Eintritt der gesetzlichen Bedingung, daß die Anrechnungsbestimmung aufgehoben und damit die tilgende Wirkung der Aufrechnung hinsichtlich der Passivforderung rückgängig gemacht wird. Die Aktivforderung bleibt erloschen. Es gilt aber nicht die Passivforderung als erloschen, die bestimmt worden ist; diese gilt vielmehr als ex tunc wieder bestehend. Rückwirkend auf den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit, der zeitlich später liegt, als der zwischen den bestimmten Forderungen, wenn es sich um eine fällige und nicht fällige Schuld handelt und die Betagung auch zu Lasten des Aufrechnenden geht (§ 271 BGB.), gilt als erloschen die Passivforderung, die nach der gesetzlichen Bestimmung des § 366 II BGB. bei Effektiverfüllung als getilgt gilt. Insoweit wirkt der Widerspruch auch auf die Aktivforderung ein, als in dem eben erwähnten Fall der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit auch für sie ein späterer geworden ist.[52]) Es wird also zunächst die fällige Forderung vor einer nicht fälligen, aber nach § 271 II BGB. aufrechenbaren getilgt. Sind alle Forderungen fällig, so wird diejenige getilgt, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet; unter mehreren gleich sicheren wird die dem Aufrechnenden lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere, und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt. Geringere Sicherheit als die un-

---

nahme. Hat der Aufrechnungsgegner eine seiner mehreren Forderungen abgetreten, so hat der Erwerber derselben gegen eine nach § 406 ihm gegenüber erklärte Aufrechnung kein Widerspruchsrecht, da es an der Voraussetzung der mehreren Forderungen auf seiner Seite fehlt, Weigelin S. 154 Anm. 26, ebenso wie er den Aufrechnenden nicht auf den ihm nicht abgetretenen Teilbetrag verweisen kann, wenn er nur zu einem Teil Zessionar ist. Rehbein Anm. 29.

[51]) Die Aufrechnungsfähigkeit muß sowohl im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung als auch noch im Zeitpunkt des Widerspruchs vorhanden sein. Ist im letzteren Moment die Forderung, die nach der gesetzlichen Anrechnung zur Tilgung käme, schon erloschen oder aufrechnungsunfähig, so kommt sie für die gesetzliche Anrechnung nicht mehr in Betracht.

[52]) Schollmeyer § 396 2 a. E.

verjährte bietet dem Gläubiger auch die verjährte Forderung. Wenn daher auf der Passivseite eine verjährte und eine noch nicht verjährte Forderung stehen, so wird zuerst die verjährte Forderung getilgt.[53])

β) Dasselbe gilt bei einer Mehrheit von Aktivforderungen. Wird hier der Anrechnungsbestimmung widersprochen, so bleibt die Passivforderung erloschen, es gilt aber nicht die aufgerechnete Aktivforderung als erloschen, sondern diejenige, die nach § 366 II, der auch für diesen Fall analog anzuwenden ist,[54]) getilgt werden würde, wenn sie Schuld wäre. Wenn der Gläubiger mit einer verjährten Forderung aufrechnet, wozu er nach § 390 Satz 2 berechtigt ist, obwohl ihm noch unverjährte Forderungen zu Gebote stehen, so bleibt trotz des Widerspruchs des Aufrechnungsgegners die verjährte Aktivforderung getilgt. Denn sie ist nach dem Anrechnungsgrundsatz des § 366 II die Schuld des Aufrechnungsgegners (so ist die analoge Anwendung des § 366 II), die dem Gläubiger (dem Aufrechnenden) die geringere Sicherheit bietet.

γ) Wenn auf der Aktiv- und Passivseite mehrere Forderungen stehen, so bewirkt der Widerspruch die Wirkungslosigkeit der Aufrechnungserklärung hinsichtlich beider Forderungen und das ex tunc Wiederaufleben derselben. Es gelten aber auf beiden Seiten rückwirkend die Forderungen getilgt, die nach § 366 II im Fall der Erfüllung zur Tilgung kämen.

b) Dieselben Grundsätze wie unter α—γ gelten auch für den Fall, daß die Aufrechnung bei mehreren aufrechnungsfähigen Forderungen (auf beiden Seiten) ohne Bestimmung der aufzurechnenden

---

[53]) Von Seeler Archiv Bd. 15 S. 104, Weigelin S. 152,153 mit Literatur, jetzt auch Planck Nr. 1. A. A. Kipp S. 447. Die Richtigkeit der Ansicht ergibt sich schon daraus, daß die Bestimmung eingeführt worden ist, um dem Gläubiger einer verjährten Forderung ein Recht dagegen zu geben, daß sein Schuldner gegen eine andere nicht verjährte Schuld an ihn aufrechnet.

[54]) A. A. Weigelin S. 150 Anm. 11 und 148 Anm. 7, Planck § 396 Anm. 3, Schollmeyer § 396 Anm. 2 und 3 Abs. I, Rehbein Anm. 30 a und Kuhlenbeck § 396 1. Wie hier Endemann I S. 833 Anm. 29.

Forderungen erklärt wird. Keine Schwierigkeit bietet der Fall, wenn sich die Forderungen insgesamt auf beiden Seiten ziffermäßig gleichkommen. Dann sind sie eben sämtlich getilgt.[55])

In allen anderen Fällen aber ist die Aufrechnungserklärung nicht wirkungslos, sondern es gelten wieder die Forderungen durch sie getilgt, die nach § 366 II als Aktiv- oder Passivforderungen bei Erfüllung zur Tilgung kämen.[56])

8. a) Wenn die Passivforderung sich aus einer Hauptschuld, Zinsen- und einer Kostenschuld zusammensetzt und die Aktivforderung nicht zur Tilgung dieser ganzen Posten ausreicht, so sind folgende zwei Fälle möglich:[57])

α) Die Aufrechnung wird ohne weitere Bestimmung darüber erklärt, welcher Teil der Passivforderung getilgt sein soll. Dann gilt die Aufrechnung zuerst gegen die Kosten-, sodann gegen die Zinsen- und zuletzt gegen die Hauptschuld erklärt, und es erlischt die Passivforderung in dieser Reihenfolge; die Hauptschuld also höchstens teilweise.

β) Erklärt der Aufrechnende eine andere Aufrechnungsart, z. B. will er gegen die Hauptschuld aufrechnen, so ist diese Aufrechnung wirksam und es erlischt die Hauptschuld und die Aktivforderung. Dieses Erlöschen der beiden Forderungen ist aber gesetzlich aufschiebend bedingt. Bedingung ist, daß nicht der Gläubiger

---

[55]) Schollmeyer § 396 Nr. 1.

[56]) A. A. Weigelin S. 148 Anm. 6, der die gesetzliche Anrechnung nur für die Passivforderung gelten läßt. Wie hier Schollmeyer § 396 Nr. 1, Endemann S. 834 Anm. 30, Kuhlenbeck § 396 1 u. 4 und jetzt auch Planck Nr. 3; ersterer aber inkonsequent, da er für den Fall des Widerspruchs auf dem in N. 54 verworfenen Standpunkt steht. Die Frage kann aber nur einheitlich entschieden werden. Dernburg Bd. II § 129 II 4 und Crome Bd. II S. 291 sind für Unwirksamkeit der Aufrechnungserklärung in diesem Fall.

[57]) § 396 II kommt nicht nur in Betracht, wenn unter den mehreren Passivforderungen nach Abs. I sich eine Hauptschuld mit Zinsen und Kosten befindet und nach den verschiedenen Möglichkeiten des Abs. I zur Aufrechnung kommt, sondern besonders auch dann, wenn sie die alleinige Passivforderung ist. Schollmeyer § 396 4 b a. E., Planck Nr. 2 a. E.

der Passivforderung diese Anrechnung ablehnt. Die Ablehnung, die auch durch konkludente Handlungen, wenn auch nicht durch bloßes Stillschweigen erfolgen kann, braucht hier nicht unverzüglich zu geschehen;[58] es kann aber darin, daß der Aufrechnungsgegner längere Zeit bewußt wartet, nach den Umständen ein Verzicht auf das Ablehnungsrecht erblickt werden. Wird die Ablehnung zulässig erklärt, so wird damit rückwirkend die tilgende Wirkung der Aufrechnung aufgehoben und die beiden Forderungen gelten als nicht erloschen.[59])

b) Für den umgekehrten Fall, daß die Aktivforderung aus einer Hauptschuld, Zinsen- und Kostenschuld besteht, fehlt es an einer analogen Bestimmung, wie der des § 396 II. Es kann sich also nur darum handeln, ob man die Aufrechnungserklärung wegen Unbestimmtheit der bezeichneten Aktivforderung für unwirksam halten oder die Parteiabsicht entsprechend interpretieren soll. Es dürfte dieser angemessener sein, auch hier § 396 II insoweit anzuwenden, als man durch die Aufrechnung zuerst die Kosten-, dann die Zinsen- und zuletzt die Hauptforderung getilgt werden läßt.[60]) Es liegt aber ganz im Belieben des Aufrechnenden, eine anderweite Anrechnungsart ausdrücklich zu bestimmen und der Gegner hat gegen eine solche kein Ablehnungsrecht.[61])

§ 8. III. Die Wirkung der Aufrechnung.

I. Die wirksame Aufrechnungserklärung bewirkt das Erlöschen der Aktiv- und der Passivforderung in dem Moment, in dem die Aufrechnungserklärung dem anderen Teil gegenüber rechtliche Bedeutung erlangt, zu dem Betrag, zu dem sich beide decken. § 389 BGB. Eine Wiederholung der Erklärung ist daher nicht mehr

[58]) A. A. Planck § 396 2 a. E.

[59]) Planck l. c., Goldschmidt Archiv Bd. 16 S. 224 Anm. 183. A. A. Rehbein Anm. 27. Nach ihm gilt die Aufrechnung als in der gesetzlichen Reihenfolge bewirkt.

[60]) Planck § 396 3, Schollmeyer § 396 5, Rehbein S. 354 und Kuhlenbeck § 396 5.

[61]) Schollmeyer l. c.

möglich, denn das Aufrechnungsrecht erlischt mit seiner einmaligen wirksamen Ausübung.[1]) Eine solche hat Bedeutung nur, wenn die erste Aufrechnungserklärung aus irgend einem Grund unwirksam war. Das ist wichtig für den Prozeß. Ist hier der rechtsverneinende Einwand der außergerichtlich geschehenen Aufrechnung gebracht, und wird nur eventuell die Aufrechnungserklärung im Prozeß wiederholt, so darf die gerichtliche Prüfung sich auf die letztere nur dann erstrecken, wenn zuerst festgestellt wird, daß die behauptete früher geschehene Aufrechnung unwirksam ist (falls der erste Einwand aufrecht erhalten wird). Praktische Bedeutung hat dies hinsichtlich der Rückforderung der Zinsen, die für eine spätere Zeit gezahlt sind, als die sich darnach als Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit darstellt. Denn diese sind immer rückforderbar.

In den Fällen der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche und im Fall des § 268 BGB. erlischt nur die Aktivforderung; denn eine Passivforderung, die erlöschen könnte, ist nicht da. Vielmehr vollzieht sich in allen diesen Fällen ein gesetzlicher Forderungsübergang mit allen akzessorischen Rechten auf den Aufrechnenden in dem Moment, in dem die Aufrechnungserklärung wirksam wird. §§ 412/401, 268, 1142/43, 1150, 1249 BGB.

Die Tilgung der Forderungen bewirkt auch die Aufhebung der von ihnen abhängigen Rechtsverhältnisse. Die Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner befreit die übrigen Gesamtschuldner. § 422 I Satz 2 BGB. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger gegenüber dem Gesamtschuldner aufrechnet, gegen den er eine Gegenforderung hat. Die Aufrechnung durch einen Gesamtgläubiger tilgt auch die Forderung der übrigen Gesamtgläubiger. § 429 III mit 422 BGB. Ebenso tilgt die Aufrechnung durch den Schuldner gegenüber einem der Gesamtgläubiger das Forderungsrecht der übrigen Gesamtgläubiger.

Die akzessorischen Rechte gegen den Bürgen und aus dem Mobiliarpfand erlöschen.[2]) §§ 767, 1252 BGB. Die für die

[1]) Hellwig I S. 237 oben.

[2]) Langheineken S. 134 Anm. 1.

Forderung bestellte Hypothek geht, wenn der persönlich haftende Eigentümer aufrechnet, nach § 1163 I Satz 2 BGB. auf diesen als Eigentümerhypothek über. Rechnet der persönliche Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, auf, so erwirbt er die Hypothek insoweit, als er vom Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. § 1164 BGB. Das kann der Fall sein, wenn z. B. der Eigentümer sich beim Erwerb des hypothekbelasteten Grundstücks persönlich verpflichtet hatte, die obligatorische Schuld des Veräußerers zu übernehmen, letzterer aber infolge der Nichtgenehmigung der Schuldübernahme nach § 416 BGB. von seiner persönlichen Schuld nicht befreit worden ist; denn dann hat er nach § 415 III Satz 2 einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer.[3])

II. Kraft einer gesetzlichen Fiktion,[4]) nicht schon als naturgemäße Wirkung des aufrechenbaren Gegenübertretens der Forderungen, gelten die Forderungen durch die Aufrechnungserklärung als in dem Zeitpunkt erloschen, in dem sie sich zur Aufrechnung geeignet zuerst gegenüber getreten sind, sog. Rückwirkung der Aufrechnungserklärung.

Als Folgen dieser Rückwirkung sind anzugeben: Die gesetzliche oder vertragsmäßige Zinspflicht von der Aufrechenbarkeit an gilt als erloschen, auch wenn die Zinsforderung für diese Zeit inzwischen an einen anderen abgetreten worden war,[5]) die Folgen eines nach dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit bis zur Aufrechnungserklärung eingetretenen Schuldner- oder Gläubigerverzugs, ebenso die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung fallen rückwirkend wieder weg, und eine in der Zwischenzeit verwirkte Vertragsstrafe gilt als nicht verwirkt. Da durch die wirksame Aufrechnungserklärung die Klagforderung erlischt, fällt auch die von der

---

[3]) Planck zu § 416 Anm. 3, Rehbein zu §§ 414 ff. Anm. 22, Staudinger zu § 1164 I 2. Weitere Fälle des § 1164 können sich aus den §§ 2166–68 BGB. ergeben.

[4]) Motive zum BGB. Bd. II S. 109, Schollmeyer S. 338, Rehbein Anm. 26, Planck zu § 389 2, Kuhlenbeck (Staudinger) vor § 387 I.

[5]) Rehbein Anm. 27 a. E., Planck § 389 2 a.

Rechtshängigkeit an laufende Prozeßzinsenpflicht (§ 291 BGB.) ganz weg, wenn die Aufrechnung vor Prozeßbeginn möglich war; sie bleibt bis zu dem Zeitpunkt bestehen, an dem die Gegenforderung später aufrechenbar wurde. Denn auch die Pflicht zur Zahlung der Prozeßzinsen hängt von dem Bestand der Klagforderung ab und die Prozeßzinsen laufen nur für die Zeit von der Rechtshängigkeit ab, während der die Klagforderung noch besteht.[6])

Sind solche darnach nicht geschuldete Leistungen in der Zwischenzeit gemacht worden, so können sie nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Über die Bedeutung des Umstands, daß diese Zahlungen in Kenntnis des Aufrechnungsrechts geschahen, vgl. unten § 9 Anm. 21.[7]) Nach dem gesetzlichen Wortlaut bezieht sich die Rückwirkung nur auf den Regelfall des Gegenübertretens von Aktiv- und Passivforderung und betrifft nur das Erlöschen beider Forderungen. Sie muß aber auch für die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche und in den Ablösungsfällen gelten. Hier bedeutet sie, daß der durch die Aufrechnungserklärung bewirkte gesetzliche Forderungsübergang in seinen Wirkungen zurückdatiert wird auf den Moment, in dem die Aufrechnung zuerst möglich war, z. B. die Voraussetzungen des § 1142 I BGB. gegeben waren.[8]) Die Folgerungen aber, die Siber beim ersten Beispiel für die Aufrechnung nach § 55/3 KO. zieht, die darnach immer möglich sein soll, wenn der Aufrechnende im Moment des Fälligwerdens der Hypothek von der Krisis keine Kenntnis gehabt hat, oder wenn er diese hatte, zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war, sind falsch, denn Zeitpunkt des Erwerbs ist eben trotzdem der Moment der Aufrechnungserklärung; es tritt dann hinterher nur eine Vordatierung der Wirkungen des Erwerbs ein. Dasselbe gilt für das zweite Beispiel, das für die Ablösungsfälle denselben Satz aufstellt. Die Vordatierung der Wirkungen in diesen

---

[6]) Schollmeyer zu § 389 2 d.

[7]) Vgl. zum ganzen Planck § 389 2 a—c, Schollmeyer § 389 2.

[8]) So Siber S. 126,127 b und c mit Beispielen; a. A. Weigelin S. 48 Anm. 51—53, der hier die Rückwirkung auch für die Aktivforderung verneint.

Fällen bedeutet, daß Zinsen und sonstige Nebenansprüche des dinglichen bezw. abgelösten Anspruchs von der Aufrechenbarkeit an infolge der Rückwirkung als nicht geschuldet gelten. Die Befriedigungs- bezw. Ablösungssumme, gegen die aufgerechnet wird, braucht nur die Zinsen bis zur Aufrechenbarkeit zu enthalten. Die von da an laufenden gehen, weil sie nicht befriedigt werden (da sie ja als erloschen gelten), auch nicht mit auf den Aufrechnenden über.[9])

III. Die Bedeutung der Rückwirkung im Prozeßrecht. 1. Die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung ist zwar materiellrechtlich sehr bedeutungsvoll, sie ist aber auf das Prozeßrecht ohne Einfluß. Das zeigt sich in folgendem: Wenn sich die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes aus § 23 ZPO. ergibt, also der Beklagte in B gegen den Kläger in A eine Forderung hat, der Kläger gegen den Beklagten in A, als dem nach § 23 zuständigen Gericht, Klage erhebt und nach Prozeßbeginn mit einer Forderung gegen den Beklagten gegen diese die Zuständigkeit begründende Schuld an den Beklagten aufrechnet, so wird damit die im Moment der Klagerhebung gegebene Zuständigkeit des Gerichts in A nicht wieder aufgehoben, trotzdem rückwirkend auf die Zeit vor Prozeßbeginn die zuständigkeitsbegründende Forderung als erloschen gilt, arg. § 263 Ziff. 2 ZPO.[10])

2. Die zweite hier zu behandelnde Frage ist die der Kostenpflicht im Prozeß, der sich durch eine Aufrechnungserklärung erledigt.[11]) Hier muß man unterscheiden:

a) Wenn der Beklagte nach Prozeßbeginn mit einer Forderung gegen den Kläger aufrechnet und dieser seinen ursprünglichen Klagantrag auf Verurteilung des Beklagten aufrecht hält, weil er z. B. die Wirksamkeit der Aufrechnung bestreitet, so müssen die Kosten des Rechtsstreites in jedem Fall vollständig dem Kläger auferlegt werden, wenn das Gericht seine Klage auf Grund der für

---

[9]) Siber S. 127.

[10]) RG. J. W. 1904 S. 412 Nr. 22 und Bd. 58 S. 258. Ebenso Seuffert zu § 23 ZPO., Weigelin S. 21 Anm. 30 und Kuhlenbeck § 389 7 BGB.

[11]) Vgl. hierzu Gaupp-Stein § 91 V a—c (vollständig abweichend).

wirksam erachteten Aufrechnungserklärung als unbegründet abweist. Dabei macht es erstens keinen Unterschied, ob auch der Kläger schon vor Prozeßbeginn hätte aufrechnen können, oder ob dies dem Beklagten möglich gewesen wäre, und zweitens ist es gleichgültig, ob die Aufrechnung unbedingt oder Eventualaufrechnung war. Denn in jedem Fall ist der Kläger, weil er mit seinem Anspruch abgewiesen wird, die nach § 91 ZPO. unterliegende kostenpflichtige Partei.

b) Wenn der Beklagte nach Prozeßbeginn mit einer Forderung gegen den Kläger aufrechnet, dieser die Wirksamkeit der Aufrechnung nicht bestreitet, vielmehr beide Parteien die Hauptsache für erledigt erklären[12]) und nur noch Urteil im Kostenpunkt verlangen, so ist zu untersuchen, welche Partei unterlegen wäre, wenn die Hauptsache nicht erledigt worden wäre. Diese gilt dann als unterliegende Partei und hat daher die Kosten zu tragen. Das Gericht muß daher, trotzdem die Wirkung der Aufrechnung von den Parteien nicht bestritten ist, prüfen, ob die Aufrechnung zulässig und wirksam ist (das kann es, weil es sich um eine Rechtsfrage handelt, in deren Kognition es von der Parteidisposition unabhängig ist). Kommt es zu der Ansicht, daß die Aufrechnung wirksam war, so muß es die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger überbürden, da dieser, wenn sich die Hauptsache nicht erledigt hätte, unterlegen wäre. Kommt es zu der entgegengesetzten Ansicht, so muß es den Beklagten zur Kostentragung verurteilen, da er dann der unterliegende Teil wäre. Die Pflicht zur Kostentragung für den Beklagten kann in diesem Fall durch die Anwendung des § 94 ZPO. modifiziert werden. Durch Anwendung des § 93 ZPO. kann es möglich sein, daß trotzdem in diesem Fall der Kläger sämtliche Kosten tragen muß, wenn nämlich der Beklagte ihm keine Veranlassung zur Klage gegeben hat, in der ersten mündlichen Verhandlung vorbehaltlos anerkennt, daß der klägerische Anspruch zu Recht besteht und zugleich gegen ihn aufrechnet.[13]) Hierbei kommt es aber nicht darauf an,

[12]) Diese Erklärung von seiten des Klägers ist weder Klagzurücknahme, noch Verzicht auf den Anspruch. Seuffert § 91 4 ZPO., RG. Bd. 57 S. 385.

[13]) Seuffert § 93 2 ZPO.

ob die Aufrechnung vor Prozeßbeginn für beide Teile möglich war, oder ob die Aufrechenbarkeit erst nachher eintrat, oder ob überhaupt nur der Beklagte aufrechnen konnte.[14])

Auch hier ist es prinzipiell gleichgültig — abgesehen vom letzten Fall hinsichtlich der Anwendung des § 93 ZPO. — ob der Beklagte unbedingt oder nur eventuell aufgerechnet hat. Weiter macht es auch hier keinen Unterschied: 1. ob der Kläger vor Prozeßbeginn hätte aufrechnen können oder ob ihm die Aufrechnung überhaupt nicht möglich war; 2. ob der Beklagte die Forderung schon vor Prozeßbeginn oder erst im Lauf des Prozesses aufrechenbar erworben hat. Denn nach dem von uns zur Entscheidung angewandten Prinzip, daß der die Kosten zu tragen hat, der ohne Erledigung der Hauptsache unterlegen wäre, kommt es auf alle diese Punkte gar nicht an, sondern ist maßgebend einzig und allein die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Aufrechnung.[15])

---

[14]) Anders Seuffert l. c. und Planck zu § 389 2 c.

[15]) Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten über diese Frage ist hier nicht möglich; vgl. Seuffert zu § 91 5 ZPO. und die dort angeführte Literatur, Siber S. 127 und Kuhlenbeck § 388 2 a. E. Schollmeyer S. 338 II und Kipp II S. 445 lassen im Fall b den Beklagten die Kosten tragen, Hellwig I S. 191 wegen der Rückwirkung den Kläger; vgl. Rehbein Anm. 31, der auch mit der Rückwirkung operiert. Das RG. Bd. 57 S. 381 ff. geht für den unter b behandelten Fall von einem anderen Gesichtspunkt aus. Es prüft nicht die Frage, wer ohne Erledigung der Hauptsache unterlegen wäre, sondern legt den Gedanken zu Grund, daß der die Kosten zu tragen hat, der zu der Zeit, als noch Streit bestand, materiell im Unrecht war. Von diesem Gesichtspunkt aus legt es dann dem Beklagten, der nach Prozeßbeginn eine aufrechnungsfähige Gegenforderung erlangt hat, die Prozeßkosten auf, da die Klagforderung vor Tilgung des Anspruchs bestanden habe, der Beklagte also damals im Unrecht gewesen sei. Nach dem vom RG. aufgestellten Grundsatz ist diese Entscheidung konsequent. Vgl. aber RG. Bd. 50 S. 391.

Verfehlt ist es in jedem Fall, die Entscheidung der Frage der Kostenpflicht von der Auffassung der Rückwirkung abhängig zu machen und zu sagen, daß wenn die Rückwirkung nur feststelle, daß die Forderungen im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit sich gegenseitig aufgehoben hätten, der Kläger die Kosten zu tragen habe, daß aber, wenn die Tilgung erst durch die Erklärung der Aufrechnung eintrete, und die Aufrechenbarkeit selbst die Forderungen

IV. Gemäß § 209 Ziff. 3 BGB. wird die Verjährung durch die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozeß unterbrochen. Diese Bestimmung bezieht sich nach der herrschenden Ansicht[16]) nur auf die Eventualaufrechnung; sie setzt voraus, daß die Aufrechnung zwar eventuell geltend gemacht, aber tatsächlich aus dem Grund nicht erfolgt ist, daß die Klage aus einem anderen Grund abgewiesen wurde. Denn wäre sie tatsächlich erfolgt, so wäre die Forderung erloschen und der Kläger würde, wenn ihm gegenüber bei neuerlicher Geltendmachung die Einrede der Verjährung gebraucht und er die Replik der Unterbrechung derselben durch Aufrechnung bringen würde, damit selbst das Erloschensein der Klagforderung geltend machen.[17]) Mit dieser Beschränkung gilt § 209 Ziff. 3 BGB. aber sowohl für den Fall, daß die Eventualaufrechnung im Prozeß erfolgt, als auch für den, daß im Prozeß nur der rechtsaufhebende Einwand der außergerichtlich geschehenen eventuellen Aufrechnung geltend gemacht wird.[18]) Entsprechend muß die Bestimmung des § 209 Ziff. 3 aber auch in dem Fall gelten, daß im Prozeß der eventuelle Einwand der unbedingt erklärten außergerichtlichen Aufrechnung geltend gemacht wird (eventuell in dem Sinn, daß der Einwand nur für den Fall gebracht wird, daß ein anderer Einwand nicht begründet ist). Hier ist die Aufrechnungserklärung selbst unbedingt; sie wird aber nur eventuell vorgeschützt. Denn auch hier hat die Aufrechnung Bedeutung, wenn die Klage aus den primär vorgebrachten Einwendungen abgewiesen wird.

---

nicht affiziere, im Fall b die Kosten dem Beklagten zu überbürden seien (so Weigelin S. 19/20, Siber S. 127). Denn nach dem vom RG. Bd. 57 S. 258 richtig aufgestellten Grundsatz darf mit der Rückwirkung zur Entscheidung prozeßrechtlicher Fragen nicht operiert werden.

[16]) Planck zu § 209 BGB. 2a, Staudinger ebenda 8 Nr. 3.

[17]) Planck l. c.

[18]) Langheineken S. 128 3, Kuhlenbeck § 388 1 a. E. Weigelin S. 170/71 Anm. 34 wendet § 209 Ziff. 3 auf die Aufrechnung im Prozeß und den Einwand der geschehenen Aufrechnung an, läßt ihn aber nicht nur für die Eventualaufrechnung gelten. S. 140.

In allen Fällen erfolgt die Unterbrechung nur bis zur Höhe der Klagforderung, denn nur insoweit ist die Aufrechnung überhaupt möglich.[19]) Die Unterbrechung dauert nach § 215 I BGB. bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Prozesses fort — anderweitige Erledigung im Sinn dieser Vorschrift ist nur der gerichtliche Vergleich nach § 794 ZPO., nicht das Anerkenntnis oder der Verzicht als solche; denn nicht diese erledigen den Prozeß, sondern erst das auf sie ergehende Urteil.[20]) Sie kommen nur nach Maßgabe des § 215 I mit 211 II in Betracht, wenn nach ihnen ein Stillstand eintritt. Nach § 215 II gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten (nach § 490 BGB. in kürzerer Frist) nach Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des eventuell aufgerechneten und nicht erloschenen Anspruchs erhoben wird.

Ist der eventuell aufgerechnete Anspruch begründet, so unterbricht die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß die Verjährung, einerlei ob die Aufrechnung damals wirksam gewesen wäre, oder ob irgend welche Voraussetzungen der Wirksamkeit (abgesehen von der Aufrechenbarkeit der Aktivforderung) gefehlt haben.[21]) Daß das so sein muß, beweist die Erwägung, daß es sich, da § 209 Ziff. 3 nur für die Eventualaufrechnung gilt und nur Anwendung findet, wenn die Klage aus einem anderen Grund als dem der Aufrechnung abgewiesen wird, meist um eine Aufrechnung handeln wird, die wegen irgend welcher Mängel der Klagforderung unwirksam gewesen wäre. Denn sonst hätte die Klage ja nicht aus einem anderen Grund abgewiesen werden können und es hätte auf die Aufrechnung ankommen müssen. Es ergibt sich aber auch schon aus dem Wortlaut, der nur die Geltendmachung, nicht aber die wirksame Geltendmachung der Aufrechnung verlangt.

---

[19]) Planck und Staudinger l. c.

[20]) Planck zu § 211 1, Staudinger ebenda 2.

[21]) Siber S. 129 4, Weigelin S. 170 Anm. 33 a. A.

V. Die Rückwirkung betrifft den Inhalt und die Wirkung der Aufrechnungserklärung, nicht aber ihre Voraussetzungen.[22] Sie kann also nicht ermöglichen, daß eine wegen Fehlens einer Voraussetzung unwirksame Aufrechnung wirksam wird, weil in dem Zeitpunkt, auf den sie zurückwirken würde, diese Voraussetzung gegeben war. Denn nur eine im Moment ihrer Abgabe gültige Aufrechnungserklärung hat Rückwirkung.

Daß trotz Fehlens einer Aufrechnungsvoraussetzung in den Fällen des § 390 Satz 2 (verjährte Aktivforderung), des § 357 (Fehlen der Passivforderung), 406 (Fehlen der Gegenseitigkeit) aufgerechnet werden kann, hat mit der Rückwirkung nichts zu tun,[23]) sondern ist eine Erweiterung der Aufrechnungsvoraussetzungen.[24])

Eine Einschränkung der Rückwirkung enthält § 554 II BGB. Die Aufrechnung, einerlei ob unverzüglich oder verspätet, würde an sich infolge der Rückwirkung den Verzug des Schuldners mit den Mietzinsraten beseitigen (oben II N. 5) und daher die Voraussetzung des Kündigungsrechtes aufheben und die Kündigung selbst unwirksam machen. Diese letztere Folge aber soll nur eintreten bei unverzüglicher Aufrechnungserklärung.[25])

Eine Art Ausnahme von der Rückwirkung enthält die Aufrechnung im Kontokorrentverkehr,[26]) indem hier die einzelnen Posten plus Zinsen zusammengefaßt und, ohne Rücksicht auf die Aufrechenbarkeit der einzelnen Posten gegeneinander, nur die beiden Hauptsummen gegeneinander aufgerechnet werden. Es werden hierbei Zinsen gegeneinander aufgerechnet, die nach dem Prinzip der Rückwirkung, wenn die einzelnen Posten gegeneinander gestellt würden, als nicht geschuldet gelten müßten.

Jedoch ist hierbei zu beachten, daß die Aufrechnung im Kontokorrent nicht einseitige Aufrechnung nach den §§ 387 ff., son-

[22]) Siber S. 126, Weigelin S. 166 VI und öfters.

[23]) Siber S. 126, Weigelin S. 167 1, 169 3.

[24]) Vgl. zu § 357 Planck § 389 3, Weigelin S. 169/70, Schollmeyer zu § 357, Siber S. 112 1, 132 3, 126; vgl. oben § 2 N. 10.

[25]) Planck zu § 554 BGB., Weigelin S. 170.

[26]) Planck § 389 2 a. E., Schollmeyer § 389 3.

dern Aufrechnungsvertrag ist, daß also das Prinzip der Rückwirkung hier direkt überhaupt keine Anwendung finden kann.[27])

Der sich aus der vertragsmäßigen Aufrechnung der im Kontokorrent laufenden Forderungen ergebende Aktivsaldo des Gläubigers bildet, wenn die Parteien die Rechnung auf den Tag der Konkurseröffnung abschließen — was sie können, aber nicht müssen, da die Konkurseröffnung den Vertrag nicht von selbst aufhebt[28]) —, eine gewöhnliche Konkursforderung des Gläubigers, die, weil vor Konkurseröffnung entstanden, wie jede andere aufrechenbar ist.

Das Reichsgericht[29]) hat für die Aufrechnung im Kontokorrent den Grundsatz aufgestellt, daß, wenn beim anerkannten Saldo die die Aktivseite übersteigenden Passivposten teils aus vollwirksamen, teils aus ungültigen (klaglosen) Verbindlichkeiten bestehen, die Verrechnung auch der letzteren als Aufrechnungsvertrag gültig ist, aber die Anerkennung des Saldos, soweit in ihr das Ergebnis klagloser Termingeschäfte enthalten ist, keine klagbare Forderung erzeugt und dementsprechend die Verrechnung (Aufrechnung) auf die mehreren Posten bis zum Abschluß des Kontokorrents verhältnismäßig zu erfolgen hat. Bei der Verrechnung selbst wird die Gesamtheit der auf der Aktivseite stehenden Posten gegen die Gesamtheit der auf der Passivseite stehenden aufgerechnet, was dann zur Folge hat, daß jeder Passivposten, auch der aus unklagbaren Geschäften, zu einem Bruchteil getilgt wird, der dem Verhältnis des geringeren Gesamtbetrages der Aktivposten $= x$ zu dem größeren der Passivposten $= x + a$ entspricht $= \frac{x}{x + a}$. Diese verhältnismäßige Verrechnung bewirkt, daß die aus klaglosen Geschäften herrührenden Verbindlichkeiten soweit und nur insoweit getilgt sind,

[27]) Oetker I S. 255 ff., Rehbein Anm. 6, oben § 6 II. Nach RG. Bd. 56 S. 24 liegt in der Eingehung eines Kontokorrentverhältnisses ein Aufrechnungsvertrag auf den Schluß der Rechnungsperiode, bis zu dem sämtliche Posten gleichmäßig gestundet sind (ebenso Oetker). Nach RG. Bd. 59 S. 194 liegt der Aufrechnungsvertrag in der Saldoanerkennung.

[28]) Oetker S. 257.

[29]) Bd. 56 S. 20 und Bd. 59 S. 193.

als bei einer verhältnismäßigen Aufrechnung der gegenüberstehenden Aktivposten auf sie entfällt. Was darnach als ungetilgt von diesen Posten übrig bleibt, ergibt den Betrag, zu dem der Saldo eine unverbindliche Schuld aus klaglosen Geschäften enthält und zu dem das Anerkenntnis selbst unverbindlich ist.[30]

§ 9. IV. Die rechtliche Natur der Aufrechnung und des Aufrechnungsrechts.

I. Über die rechtliche Natur der Aufrechnung selbst ist Streit. Einig ist man sich darüber, daß sie kein bloßes Einrederecht gibt, das den Bestand der Forderungen unangetastet läßt, sondern daß sie die Forderungen selbst aufhebt.

Siber (§ 17) faßt sie als einseitigen Forderungserlaß auf.

Daß sie ein Tilgungsgrund und zwar sui generis ist, zeigt ihre gesonderte Behandlung im BGB. im Abschnitt: Erlöschen der Schuldverhältnisse in einem besonderen Titel. Darnach erscheint es vom Standpunkt einer richtigen Konstruktion aus verfehlt, ein nach dem klaren Willen des Gesetzes nicht weiter subsumierbares Rechtsverhältnis noch unter andere juristische Kategorien ziehen zu wollen.

Die verschiedenen Theorien über den Zweck der Aufrechnung siehe bei Weigelin § 3. Nach seiner eigenen richtigen[1] Theorie ist Zweck der Aufrechnung die Sicherung und eventuelle Befriedigung eines Gläubigers für seine Forderung. Besondere Bedeutung hat dieser Zweck im Konkurs des Schuldners (siehe aber unten IV a. E.). Daß die systematische Stellung der Aufrechnung im BGB. diesen Zweck nicht erkennen lasse, vielmehr einseitig die Tilgung der Forderung des Aufrechnungsgegners hervorhebe, wie Weigelin[2] behauptet, ist unrichtig, denn ihre Stellung präjudiziert dieser Auffassung gar nicht, und es erlischt ja durch die Aufrechnung nicht nur die Forde-

---

[30]) Vgl. hierzu Dr. Weißbart, Jurist. Wochenschrift 1905 S. 311 ff.

[1]) schon in den Motiven zur KO. für den Konkurs zur Grundlage genommenen und insbesondere von Schrutka durchgeführten

[2]) S. 31 Anm. 19. Ähnlich Endemann S. 821 Anm. 4.

rung des Aufrechnungsgegners, sondern auch die des Aufrechnenden (sie ist dadurch gedeckt).

II. Das Aufrechnungsrecht ist, formell betrachtet, das Recht, die Aufrechnungserklärung abzugeben; materiell das Recht, vermittels der Aufrechnungserklärung die dieser vom Gesetz beigelegten Wirkungen des Erlöschens bezw. des Übergangs der Forderungen herbeizuführen.

Es ist ein Recht des rechtlichen Könnens.[3]) Ob man es demnach als subjektives Recht bezeichnen will oder nicht, ist eine reine Frage juristischer Methodik.

Einerseits ist es, wie alle Rechte des rechtlichen Könnens, abhängig von den Rechtsverhältnissen, auf die sich die in ihm enthaltene Rechtsmacht bezieht.[4]) Andererseits aber gehört es zu der Kategorie der Rechte des rechtlichen Könnens, die nicht Bestandteile eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses und nicht nur bestimmt sind, dasselbe zur Weiterentwickelung zu bringen, sondern die selbständige Existenz haben. Es ist ein selbständiges Aufhebungsrecht und kein Bestandteil des Rechtsverhältnisses, aus dem die Forderung entspringt.[5])

Das zeigt sich im intertemporalen Privatrecht: Voraussetzungen, Form und Wirkungen einer unter neuem Recht abzugebenden Aufrechnungserklärung bestimmen sich allein nach neuem Recht, auch wenn die aufzurechnenden Forderungen unter dem alten Recht entstanden sind.[6]) Die Wirkung einer vor dem 1. Januar 1900 er-

[3]) Hellwig I S. 232 ff., Kipp Bd. II S. 438, Bd. I S. 138, Weigelin S. 9 ff., Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. II S. 32 ff., 42 ff., 220, 282 ff., Bürgerliches Recht S. 22 und 28 ff. Gegen die Auffassung der Rechte des rechtlichen Könnens als besonderer Rechte vgl. Bülow, Klage und Urteil S. 18 ff.

[4]) Hellwig I S. 290 Anm. 2. Es kann ohne die aufzurechnende Forderung nicht übertragen werden.

[5]) Hellwig I S. 198 Anm. 38, S. 234 Anm. 14a.

[6]) Das ist auch der Standpunkt, der sich aus Art. 170 des EG. zum BGB. ergibt und ist vom RG. für die Erfüllung nach §§ 362 ff. BGB. in verschiedenen Entscheidungen vertreten, muß aber auch für das Erfüllungs-

klärten Aufrechnung bestimmt sich dagegen vollständig nach altem Recht. Altrechtliche Aufrechnungsverbote hindern die Zulässigkeit einer nach dem BGB. statthaften Aufrechnungserklärung nicht.[7]) Neue, dem alten Recht unbekannte Aufrechnungsverbote machen die Aufrechnung seit 1. Januar 1900 unstatthaft. Deshalb kann der Bürge, der nach gemeinem Recht mit der Forderung des Hauptschuldners aufrechnen konnte, aus einer vor 1. Januar 1900 übernommenen Bürgschaft nach Inkrafttreten des BGB. nicht mehr aufrechnen, sondern nur die aufschiebende Einrede des § 770 II BGB. geltend machen.[8]) Insbesondere gelten die §§ 393—95 in allen Fällen, in denen nach dem 1. Januar 1900 gegen eine altrechtliche, aber nach diesen Paragraphen nicht aufrechenbare Passivforderung aufgerechnet werden soll, einerlei, ob die Aktivforderung vor oder nach 1900 entstanden ist.[9])

Die herrschende Lehre ist hier nicht folgerichtig. Einerseits erkennt sie die Richtigkeit des letzten Satzes an[10]) — derselbe ist auch nur eine Folge des Prinzips, daß die Voraussetzungen der Aufrechnung sich nach dem 1. Januar 1900 nur nach neuem Recht bestimmen —; andererseits aber macht sie eine durch nichts gerechtfertigte Ausnahme für den ganz ebenso zu behandelnden Fall der nach altem Recht unzulässigen, nach neuem Recht zulässigen Aufrechnung. Hier soll nach dem Reichsgericht und den angeführten Autoren die Aufrechnung, z. B. gegen die Forderung aus dem depositum irregulare, gegen die sie nach altem Recht ausgeschlossen war, auch nach dem 1. Januar 1900 unmöglich sein. Gestützt wird das auf Art. 170 EG. zum BGB. und bei Rehbein noch darauf, daß es sich nicht ergebe, daß der Aufrechnung grundsätzlich Rückwirkung

surrogat der Aufrechnung gelten; vgl. Bd. 56 S. 221 ff., S. 301 (für die Abtretung), Bd. 57 S. 99 (für die Aufrechnung), Oberst. Landesgericht Bl. f. RA. 1904 S. 61.

[7]) Rechtspr. I S. 138 (Kammergericht); a. A. RG. Bd. 50 S. 38.

[8]) A. A. Habicht S. 196, Rehbein S. 366, Wilmowski § 53 KO. Anm. 3.

[9]) A. A. Habicht S. 195 Anm. 2, Wilmowski ebenda.

[10]) Rehbein S. 366, Habicht S. 194 ff.

habe beigelegt werden wollen. Von einer Rückwirkung, d. h. einem Eingriff in ein wohlerworbenes subjektives Recht, dürfte aber bei der hier vertretenen Ansicht keine Rede sein. Was aber das aus Art. 170 EG. zum BGB. gezogene Argument betrifft, so müßte die herrschende Lehre dann folgerichtig auch für den Fall der nach altem Recht zulässigen, nach neuem Recht unzulässigen Aufrechnung den Fortbestand des Aufrechnungsrechts annehmen;[11]) denn anzunehmen, daß nur die Unzulässigkeit, nicht auch die Zulässigkeit einer altrechtlichen Aufrechnung aus Art. 170 folgt, dürfte der gesetzlichen Grundlage entbehren. Rehbein tut das aber nicht, sondern macht nur für den Fall der Bürgschaft eine Ausnahme nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses. Wird aber diese Konsequenz nicht gezogen, so darf man auch die umgekehrte nicht ziehen und muß wohl die hier vertretene Anschauung als die folgerichtige anerkennen.

Die Selbständigkeit des Aufrechnungsrechts zeigt sich insbesondere im Konkurs, in dem ein einmal erworbenes Aufrechnungsrecht einer Konkursforderung trotz der par condicio creditorum erhalten bleibt. Das ist der Gesichtspunkt, von dem aus allein sich der leitende Gedanke für die Bestimmungen der KO. ergibt.

III. 1. Das Aufrechnungsrecht entsteht in dem Moment für jeden der beiden Teile, in dem für diesen die Voraussetzungen einer Aufrechnungserklärung durch ihn gegeben sind. Demnach kann der Zeitpunkt seiner Entstehung je nach der Person des Aufrechnenden ein verschiedener sein, z. B. A hat gegen B eine sofort fällige Forderung und schuldet ihm aus einer betagten Schuld, die er nach § 271 II BGB. sofort erfüllen kann. Hier kann A sofort aufrechnen, B aber erst, wenn seine Forderung an A fällig geworden ist. §§ 271 II, 387 BGB. In diesen Fällen ist der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit ein verschiedener, je nach der Person des Gläubigers, der aufrechnet, und dementsprechend tritt auch die Rückwirkung nach § 389 BGB. und damit das Aufhören des Zinsenlaufes auf einen früheren oder späteren Zeitpunkt ein, je nachdem der eine oder andere Gläubiger aufrechnet. Ist von der einen Seite

[11]) So konsequent auch Habicht l. c.

aufgerechnet, so kann der Gläubiger, durch dessen Aufrechnungserklärung die Rückwirkung auf einen früheren Zeitpunkt eintreten würde, nicht mehr aufrechnen, da das Erlöschen der Forderungen nach § 389 BGB. schon durch die erste Aufrechnung eingetreten ist.[12])

2. Das Aufrechnungsrecht besteht für jeden Teil solang, als die Voraussetzungen der Aufrechnungserklärung durch ihn gegeben sind; darin zeigt sich seine akzessorische Natur.

Wenn eine Voraussetzung der Aufrechnung wegfällt und später wieder eintritt, z. B. der Aktivforderung tritt eine aufschiebende Einrede entgegen, die später wieder behoben wird, so wirkt die Aufrechnung nur auf den Zeitpunkt zurück, in dem diese Einrede wieder weggefallen ist. Denn das ursprüngliche Aufrechnungsrecht ist erloschen und lebt auch durch den Wegfall der Einrede nicht wieder auf, vielmehr entsteht in diesem Moment ein neues, für sich zu beurteilendes Aufrechnungsrecht.[13])

3) Das Aufrechnungsrecht endet:

a) mit dem Wegfall einer seiner Voraussetzungen. Insbesondere endet es mit Tilgung einer der beiden Forderungen durch Effektiverfüllung. Eine Rückforderung des in Unkenntnis des bestehenden Aufrechnungsrechts auf die Schuld Gezahlten wegen irrtümlich unterlassener Aufrechnung ist ausgeschlossen.[14]) Außer durch Er-

---

[12]) Weigelin S. 164 Anm. 3.

[13]) Weigelin S. 179 1. A. A. RG. Bd. 51 S. 394 für den Fall des Wiedererwerbs einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung. Ebenso Jaeger § 55 KO. Anm. 8 a. E., Rehbein II S. 364 unten. Das Reichsgericht läßt hier das alte Aufrechnungsrecht wieder aufleben und verneint deshalb die Anwendung des § 55 2 KO. auf diesen Fall. Allein selbst wenn die Forderungsabtretung ein rein fiduziarisches Geschäft wäre, so gilt die Forderung doch nach außen, also auch gegenüber dem Aufrechnungsgegner nicht mehr als Forderung des Auftretenden (Jaeger § 43 KO. Anm. 17 ff.) und das muß das Erlöschen des Aufrechnungsrechts zur Folge haben. Näheres unten § 38 Note 28 ff.

[14]) Siber S. 133, Planck § 389 3, Schollmeyer S. 338 und die bei Weigelin S. 174 Anm. 9 Angeführten. Dagegen die dort Anm. 10 ff. Genannten. Weigelin läßt in diesem Fall die Anfechtung eines nur in der Erklärung vorhandenen Verzichts auf das Aufrechnungsrecht nach § 119 BGB.

füllung der beiden Forderungen erlischt das Aufrechnungsrecht durch sonstige gültige Aufhebung derselben (Ausnahme § 357 BGB.), z. B. Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts nach den §§ 283, 326 BGB., da § 357 nur für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gilt (§ 327 BGB.), oder dadurch, daß die Forderungen aus einem sonstigen Grund aufrechnungsunfähig werden (oben Note 13), endlich dadurch, daß die Aktivforderung im Weg der Einzelrechtsnachfolge auf einen anderen übergeht.[15]) Der Wegfall der Gegenseitigkeit hindert die Aufrechnung nach Maßgabe der §§ 406/07 nicht.[16])

b) Das Aufrechnungsrecht endigt, wie alle Rechte des rechtlichen Könnens, mit seiner einmaligen wirksamen Ausübung.[17]) Eine nachträgliche Wiederholung der Aufrechnung hat daher nur für den Fall Bedeutung, daß die erste Aufrechnungserklärung aus irgend einem Grund wirkungslos war.[18])

c) Ein letzter Endigungsgrund ist der vertragsmäßige Verzicht auf das Aufrechnungsrecht. Er hebt das entstandene Aufrechnungsrecht ex nunc auf, hat aber keine dingliche Rückwirkung. Denn die Parteivereinbarung vermag nicht, einmal entstandene Rechte dinglich rückwirkend wieder aufzuheben.[19])

In der Zahlung und Annahme von Zinsen oder einer Vertragsstrafe während der Aufrechenbarkeit liegt begrifflich kein vertragsmäßiger Verzicht auf das Aufrechnungsrecht.[20]) Bei der Erfüllung schließen die Parteien zwar, da es sich um Geldschulden

---

zu, womit nach § 139 BGB. auch die Zahlung nichtig werde; ebenso läßt er auch die Anfechtung zu, wenn man Zahlung seiner Forderung in Unkenntnis des Aufrechnungsrechts angenommen hat; nur müsse man das durch die Zahlung Erhaltene als Bereicherung zurückgeben. Ebenso Kipp II S. 442 vor i.

[15]) Bedeutung der Zurückübertragung oben N. 13.

[16]) Vgl. zum ganzen Weigelin § 18.

[17]) Hellwig I S. 237 oben.

[18]) Vgl. Hellwig I S. 241 Anm. 11. Oben § 8 I.

[19]) A. A. Weigelin S. 171 Anm. 2. Praktisch hat die Frage keine Bedeutung.

[20]) Weigelin S. 176/7.

handelt, einen Erfüllungsvertrag miteinander ab;[21]) allein der Vertrag hat einen Inhalt, aus dem auf einen rechtserheblich vertragsmäßig geäußerten Verzichtswillen beider Parteien in keiner Weise geschlossen werden kann. Nur unter besonderen Umständen, insbesondere wenn die Zahlung in Kenntnis des Aufrechnungsrechts geschieht, kann sich aus den Begleitumständen bei Zahlung und Annahme der Zahlung ein vertragsmäßiger Verzichtswille der Parteien ergeben.[22])

Daß in der Ablehnung eines Aufrechnungsantrags eines zur Aufrechnung nicht berechtigten Teiles durch den aufrechnungsberechtigten Gläubiger ohne Vorbehalt seines Aufrechnungsrechts ein Verzicht auf dasselbe liege, wie Weigelin[23]) annimmt, weil es wider Treu und Glauben verstoßen würde, ohne diesen Vorbehalt später noch aufzurechnen, ist nicht richtig. Denn erstens verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Gläubiger von seinem gesetzlichen Recht Gebrauch macht, nachdem er den Antrag zurückgewiesen hat, und zweitens kommt man auch mit Treu und Glauben nicht darüber weg, daß hier auch nicht der geringste Anhaltspunkt für eine auch nur stillschweigende Annahme eines eventuell in der Ablehnung enthaltenen Verzichtantrags gegeben ist.

Das vertragsmäßig abgegebene und angenommene Versprechen der Barzahlung bei oder nach Eingehung der Verbindlichkeit enthält einen Verzicht des Versprechenden auf sein Aufrechnungsrecht.[24])

---

[21]) Planck zu § 362 2 c a. A., Rehbein § 362 ff. Anm. 13.

[22]) Kipp (S. 442 i) sieht in der Zahlung von Zinsen und anderen Nebenleistungen während der Aufrechenbarkeit zwar keinen Verzicht auf das Aufrechnungsrecht, wohl aber schließt er in Analogie des § 814 BGB. das nach erklärter Aufrechnung entstandene Rückforderungsrecht bezüglich dieser Leistungen dann aus, wenn die Zahlung in Kenntnis des Aufrechnungsrechts geschah. Planck zu § 389 2 c schließt bei Zahlung in Kenntnis des Aufrechnungsrechts in analoger Anwendung des § 814 die Aufrechnung aus. Gegen die Anwendung des § 814 vgl. oben § 3 Anm. 21. Die Aufrechnung kann in diesem Fall ausgeschlossen sein, sie muß es aber nicht; es kommt immer auf den Parteiwillen an.

[23]) S. 178 Anm. 20.

[24]) Vgl. OLG. Breslau Recht 1904 S. 334. Etwas anders Jaeger § 53 Anm. 12, Schollmeyer § 391 4 a. A., Rehbein S. 329 Abs. II, Weigelin

Das Reichsgericht[25]) hat in dem Fall, daß ein Wechselakzept nicht zur allgemeinen Abminderung einer Schuld des Akzeptanten, sondern nur zu dem Zweck gegeben worden ist, um dem Anderen als Deckung für einen Spekulationskauf zu dienen, und daß der Andere für den Fall, daß der Kauf nicht zur Ausführung gekommen ist, ausdrücklich die Rückgabe des Wechsels versprochen hat, angenommen, daß dadurch jede Verrechnung des Wechsels auf die bereits bestehende Schuld ausgeschlossen sein solle, und hat aus dieser Absprache einen vertragsmäßigen Ausschluß der Aufrechnung abgeleitet.

IV. Die neuestens von Weigelin[26]) aufgestellte Theorie, die das Aufrechnungsrecht als Pfandrecht an der eigenen Schuld konstruiert, hat keinen Hintergrund im Gesetz, verstößt gegen den pfandrechtlichen Grundsatz des BGB., daß gesetzliche Pfandrechte nur in den vom Gesetz ausdrücklich aufgestellten Fällen vorkommen, und hat auch keinen konstruktiven Wert, da die richtigen Ergebnisse des Verfassers von der Richtigkeit dieser Theorie nicht abhängig sind.[27]) Für die Konstruktion muß es genügend erscheinen, das Aufrechnungsrecht als Recht des rechtlichen Könnens mit den dargelegten Wirkungen gekennzeichnet zu haben. Eine weitere Subsumtion ist nicht angängig.[28]) Andererseits soll aber nicht geleugnet werden, daß das Aufrechnungsrecht im Konkurs wirtschaftlich ähnliche Wirkungen wie ein Absonderungsrecht hat. Dieser schon in den Motiven zur KO. betonte Gedanke hat viele Autoren fälschlich veranlaßt, die Bestimmungen der KO. mit dieser pfandrechtlichen Natur des Aufrechnungsrechts zu erklären.[29])

S. 114 Anm. 22. RG. J. W. 1905 S. 346 hat in der trotz bestehender Gegenforderung getroffenen Abrede sofortiger Barzahlung einen Verzicht auf die Aufrechnung erblickt.

[25]) Bd. 56 S. 317 ff.

[26]) In § 4 seines Buches.

[27]) S. aber Weigelin S. 46 vor II.

[28]) Vgl. Weigelin S. 38 Nr. 5.

[29]) Motive zur KO. S. 226 ff., besonders Schrutka S. 16 ff., 26 ff., 33 und 34, insbesondere jetzt auch Weigelin S. 46 ff. Auch das RG. Bd. 33 S. 48 geht bei Erläuterung der rechtlichen Natur der Bestimmungen des

Zweiter Abschnitt.

Die Aufrechterhaltung bestehender Aufrechnungsrechte im Konkurs des Schuldners.

§ 10. Grundlegung.

I. Die Grundlage für die nachfolgende Erörterung bildet die durch die Konkurseröffnung entstehende Änderung in der Rechtslage der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners — par condicio creditorum — als deren Hauptpunkte erwähnt seien ihre Beschränkung auf das konkursbefangene Vermögen desselben, § 12 KO., der Ausschluß jedes anderweitigen Zugriffsrechts, § 14, ihr Recht auf gleichmäßige und anteilsmäßige Befriedigung, § 3 KO., 2c. Speziell für die hier zur Erörterung stehenden Fragen ist maßgebend der konkursrechtliche Satz, daß jeder persönliche Gläubiger, der für seine Forderung Befriedigung erstrebt, sich durch Anmeldung am Konkursverfahren beteiligen muß, um eine quotenmäßige Befriedigung zu erlangen und daß er andererseits ohne Rücksicht darauf, ob er sich beteiligt oder nicht, den durch die par condicio geschaffenen Nachteilen unterliegt.

Dieser beschränkenden Rechtslage kann nach § 53 KO. der Gläubiger entgehen, der nach den Grundsätzen des BGB. sich durch Aufrechnung gegen eine Schuld an den Gemeinschuldner befreien kann.

Wie sich im einzelnen seine Rechtslage gestaltet, ist in den folgenden Paragraphen dargelegt. Hier handelt es sich jetzt darum, die wirtschaftliche Grundlage seiner besonderen Rechtsstellung zu zeigen und derselben eine juristische Konstruktion zu geben.

II. Unter der wirtschaftlichen Grundlage verstehen wir die Motive, die bei Erlaß der Konkursordnung zur Regelung der Rechtsstellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers geführt haben.[1])

§ 48 1 (55) KO. vom Gesichtspunkt der Absonderung aus. Dagegen Oetker I S. 235 Anm. 1 und 2.

[1]) Es wäre hierbei eine Gestaltung möglich gewesen, die, ausgehend von der Erwägung, daß die Forderung des Gläubigers infolge des Konkurses

Sie ergeben sich aus der in § 9 dargelegten Natur des Aufrechnungsrechts als eines Mittels zur Sicherung und eventuellen Befriedigung des Gläubigers für seine Forderung an seiner eigenen Schuld.

Die Motive zur Konkursordnung Seite 226 sprechen diesen Gedanken folgendermaßen aus: „Im Konkurse ist es der Standpunkt des Gläubigers, welcher die Kompensation von Bedeutung macht. Für ihn ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ihnen gemeinsam ist der Gedanke: Es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine Deckung zur Konkursmasse herausgebe und seine Forderungen als Konkursgläubiger geltend machen sollte. Dem Recht des Gläubigers, sich an eine Sache des Gemeinschuldners, welche er in seinem Besitz hat, abgesondert von den anderen Gläubigern zu halten und sich aus dieser zu befriedigen, entspricht die Befugnis des Gläubigers, das Geld, welches er dem Gläubiger anderweit schuldet, nicht zum Nutzen aller zur Konkursmasse zu zahlen, sondern diese seine Schuld

wirtschaftlich nur noch einen Bruchteil ihres Nominalbetrags wert sei, nur mit diesem Bruchteil (gegen die Schuld im Nominalbetrag) die Aufrechnung zugelassen hätte (vgl. Völderndorff S. 560 Anm. 2—5, Schrutka S. 55/6). Allein abgesehen von der juristischen Unhaltbarkeit der Anschauung, den Rechtsbestand einer Forderung ihrer Höhe nach von ihrer Einbringbarkeit abhängig zu machen — eine Anschauung, die folgerichtig dazu führen müßte, auch bei Begründung der Forderung ihre Existenz zu dem angeführten Punkt in Abhängigkeit zu bringen —, spricht entscheidend gegen diese Gestaltung ihre praktische Undurchführbarkeit. Denn dann wäre die Höhe des aufzurechnenden Betrags abhängig von der Größe der Konkursquote, diese ließe sich aber erst bestimmen nach vollständiger Konkursabwickelung; so lang wäre also eine definitive Aufrechnung überhaupt nicht möglich. Weiter aber ließe sich bei Verschiedenheit der Größe beider Forderungen der überschießende, zur Masse einzuzahlende Teil der Passivforderung nicht bestimmen, und wenn er bestimmt wäre, wäre wieder eine Einzahlung zur Masse zu machen; dadurch würde sich der Aktivbestand der Masse wieder erhöhen und die aufzurechnende Quote sich wieder vergrößern. Dadurch würde dann das ganze Resultat wieder über den Haufen geworfen.

zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden.[2])

III. Die juristische Konstruktion der besonderen Rechtsstellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers hängt natürlich von der Konstruktion des Aufrechnungsrechts selbst ab. Wer, wie jetzt Weigelin, es als Pfandrecht an der eigenen Schuld auffaßt, kommt folgerichtig dazu, die Rechtsstellung im Konkurs als Absonderungsrecht zu konstruieren, das nur den Unterschied einer besonderen und zwar einfacheren Verwertungsart von den übrigen Absonderungsrechten hat.[3])

Allein auch die übrigen Schriftsteller, die das Aufrechnungsrecht selbst nicht als Pfandrecht auffassen, und die Frage erörtern, spielen zum großen Teil mehr oder weniger ernsthaft mit dieser Konstruktion.[4]) Der Grund dieser befremdlichen Erscheinung liegt in der oben angeführten Stelle der Motive, deren lediglich vom wirtschaftlichen Standpunkte aus aufzufassende Parallelen mit verwandten und besonders dem tatsächlichen Erfolg nach für den Gläubiger gleich wirkenden Erscheinungen fälschlich als juristische Konstruktion angesehen werden: Es zeigt sich hier die Gefährlichkeit der Anwendung solcher bestechend klingenden Analogien für die juristische

[2]) In der Literatur herrscht Einigkeit, daß dieser Standpunkt der Motive der richtige ist. Weigelin S. 30 Anm. 17 und insbes. Schrutka S. 16—35.

[3]) Weigelin S. 46 Anm. 44 und 45; vgl. aber auch schon Schrutka S. 34 Abs. II.

[4]) Vollständig vertritt Schrutka die Theorie des Absonderungsrechts sowohl für das österreichische als für das deutsche Recht. Das zeigt schon sein von dem unseren verschiedener Ausgangspunkt, der das Recht der Absonderungsberechtigten, nicht das der persönlichen Gläubiger zur Grundlage nimmt, S. 17/18 — vgl. S. 26 Abs. 4 und S. 34 — und es wird S. 26 direkt von ihm ausgesprochen. Die übrigen Schriftsteller betonen zum Teil mehr oder weniger noch das analoge Moment, benutzen aber den Gedanken des Absonderungsrechts doch zur Grundlage der Konstruktion, vgl. z. B. Wilmowski (6. Aufl.) S. 239 1 und Sarwey-Bossert § 53 Bem. 3. Daß ein Absonderungsrecht im technischen Sinn nicht vorliegt, betont schon Völderndorff S. 563 Anm. 8, so auch Fitting § 21 2, Jaeger § 64 KO. 1 c, insbes. aber Oetker I S. 235 N. 1 und 2.

Darstellung; denn es wird zu leicht über dem wirtschaftlich Analogen die rechtliche Verschiedenheit vergessen und ersteres dann zum Konstruktionsprinzip erhoben. Der richtige konstruktive Gedanke ergibt sich aus der Natur des Aufrechnungsrechts als eines Rechts des rechtlichen Könnens. Wie in § 9 dargelegt ist, ist es als akzessorisches Recht abhängig von dem Bestand der beiderseitigen Forderungen. Solange diese aber bestehen, besteht auch das Recht der Aufrechnung als selbständiges Aufhebungsrecht weiter.[5]) Insbesondere sind von außen herantretende Momente, die den Bestand der Forderungen nicht affizieren, nicht geeignet, das einmal erworbene Aufrechnungsrecht wieder zu beseitigen. Ein solches von außen herantretendes Moment ist auch der formelle Konkurs;[6]) er behaftet die Aktivforderung nicht mit einer Einrede und beseitigt auch nicht eine sonstige Aufrechnungsvoraussetzung. Deshalb ist die Zulässigkeit der Ausübung des im Moment der Konkurseröffnung erworbenen Aufrechnungsrechtes nur eine Folge aus seiner Natur.

Andererseits wird durch die infolge der formellen Konkurseröffnung eintretende par condicio creditorum der Erwerb von Aufrechnungsrechten nach Konkurseröffnung ausgeschlossen. § 55 Ziff. 1 und 2 KO. Der materiellen Konkurslage wird, wie durch das Anfechtungsrecht, Rechnung getragen durch die Bestimmung des § 55 3 KO. Daß diese Bestimmungen des § 55 dem § 15 KO. entsprechen, ist unzweifelhaft richtig; daß aber § 12 a. F. (jetzt § 15) auch für die Aufrechnung gelte,[7]) ist ebenso unzweifelhaft falsch, da sonst § 55 überflüssig wäre.

Die Bestimmung ergibt sich einfach aus der par condicio creditorum und der Gebundenheit der Konkursmasse für die bei Konkurseröffnung vorhandenen Konkursgläubiger, die den Erwerb eines Aufrechnungsrechts nicht mehr zuläßt, wenn nicht im Moment

[5]) Hellwig I S. 198 Anm. 38, S. 234 Anm. 14a.

[6]) Vgl. Motive zur KO. S. 230 I a. E.: „ein gültig erworbenes Kompensationsrecht wird durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben, wenngleich vor dieser die Kompensation nicht ausgeübt worden ist“.

[7]) Schrutka S. 35, vgl. auch Motive zur KO. 228 oben.

der Konkurseröffnung bezw. der Krisis die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben waren.

Die Bestimmung des § 54 KO. erweitert mit Rücksicht auf den Zweck des Konkursverfahrens als einer Abwickelung der sämtlichen in Geld abschätzbaren Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners die Voraussetzungen des Erwerbs eines Aufrechnungsrechts nach der Richtung hin, in der die Konkursforderungen überhaupt durch die Konkurseröffnung modifiziert werden und gibt dadurch die Möglichkeit des Erwerbs eines Aufrechnungsrechts durch die Konkurseröffnung. Diese „Ausnahme“ rechtfertigt sich aber durch die Erwägung, daß die in § 54 genannten Forderungen ebenso behandelt würden, wenn ihnen nicht eine Schuld gegenüber stünde, sie also auf anteilsmäßige Befriedigung angewiesen wären. §§ 66—69 KO. Sohin ist der das Aufrechnungsrecht des Gläubigers im Konkurs [8]) leitende Grundgedanke ein dreifacher:

1. Die Erhaltung eines schon nach bürgerlichem Recht bestehenden Aufrechnungsrechts § 53 KO.,
2. die Möglichkeit des Neuerwerbs eines Aufrechnungsrechts durch die Konkurseröffnung § 54 KO.,
3. der Ausschluß des Erwerbs von Aufrechnungsrechten nach Konkurseröffnung § 55 KO.

IV. Kurz gestreift seien noch zwei Theorien über die hier behandelten Punkte:

a) Die Motive zum BGB. Bd. II S. 109 [9]) rechtfertigen die Anordnung der Rückwirkung des § 389 BGB. damit, daß dadurch das BGB. mit der KO. in Übereinstimmung gebracht werde. Allein hierin liegt eine Verkennung des Wesens der Rückwirkung. Die KO. trifft die Bestimmungen über die Ausübung und die Erweiterungen der Voraussetzungen des Aufrechnungsrechts, hat aber mit der Rückwirkung des § 389 als dem Inhalt der Wirkung der Aufrechnungserklärung gar nichts zu tun. [10])

---

[8]) Nur für diesen gelten die §§ 53—56 KO., nicht aber für das Aufrechnungsrecht des Konkursverwalters. Vgl. Wilmowski S. 240 3.

[9]) Ebenso Planck zu § 389 2 und Schollmeyer ebenda.

[10]) Weigelin S. 168 2. Oben § 8 V.

b) Schrutka[11]) stellt die Modifikationen des Aufrechnungsrechts im Konkurs dar als Konsequenzen des Konkursanspruchs, als des durch den Vermögensverfall des Schuldners — nicht erst durch die Konkurseröffnung — entstehenden Anspruchs der Gläubiger auf gleichmäßige anteilsmäßige Befriedigung im Konkursverfahren[12]) und zieht daraus die Folgerung (S. 57), daß abgesehen von gesetzlichen Bestimmungen eine Aufrechnung, die vor Entstehung des Konkursanspruchs hätte erfolgen können, aber nicht erfolgt ist, nach Entstehung des Konkursanspruchs bezw. nach Eröffnung des Verfahrens nicht mehr geschehen kann. Er gibt aber selbst zu, daß fast alle Konkursgesetze ganz andere „dem Wesen des Konkurses und der Kompensation widersprechende Normen" aufstellen und erklärt diese durch die Deckungsfunktion der Aufrechnung, die dem eigentlichen und ursprünglichen Wesen des Rechtsinstituts der Kompensation ganz fern liege (S. 58), als Billigkeitsausnahmen vom Konkursanspruch.

Gegen diese Theorie[13]) ist kurz folgendes zu sagen:

1. Falsch ist es,[14]) von einem durch die materielle Konkurslage (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) entstehenden Konkursanspruch zu reden. Denn ein Anspruch, der, um geltend gemacht werden zu können, noch eines weiteren Momentes, nämlich der Konkurseröffnung bedarf,[15]) ist eben noch nicht vollständig entstanden. Der Konkursanspruch entsteht also höchstens erst durch die Konkurseröffnung.

2. Die Bezeichnung Anspruch ist hier besser überhaupt zu vermeiden, da das BGB. das Wort als terminus technicus gebraucht, § 194 BGB., überhaupt aber ein besonderer privatrechtlicher Anspruch gar nicht vorliegt.

---

[11]) In § 5 seines Buches und S. 35.

[12]) Ebenso Schultze, Das deutsche Konkursrecht ꝛc. S. 10.

[13]) Dagegen schon Oetker I S. 234 N. 4 und 5.

[14]) Mit den Motiven zur KO. und Schultze S. 11.

[15]) So Schrutka S. 52.

3. Daß es keine Ausnahme von dem Wesen des Konkurses, sondern logische Folge aus der Natur des Aufrechnungsrechts ist, wenn ein vor Eröffnung des Konkurses entstandenes Aufrechnungsrecht nachher noch ausgeübt werden kann,[16] ist oben Note 5 und 6 dargelegt und jedenfalls für das heutige Recht richtig. Die Deckungsfunktion der Aufrechnung als ihr ursprünglicher und wesentlicher Zweck gewinnt eben im Konkurs ihre Hauptkraft und gibt im Zusammenwirken mit dem Satz von der par condicio creditorum, nicht aber als eine „Ausnahme" vom beherrschenden Konkursprinzip, die Grundlage für die Konstruktion ab.

4. Überdies scheint eine Theorie, die, um das Prinzip zu retten, das positive Recht als Ausnahme konstruieren muß,[17] sich von den Prinzipien einer richtigen induktiv vorgehenden Konstruktionsmethode zu weit zu entfernen und hat den Anschein der größeren Wahrscheinlichkeit nicht für sich.

Will man überhaupt die konkursrechtlichen Bestimmungen über die Aufrechnung mit dem Konkursanspruch in Verbindung bringen, so müßte der Konkursanspruch aufgefaßt werden als durch die formelle Konkurseröffnung gegeben.[18] Dann ergibt sich dieselbe Auffassung wie oben III a. E. Vor der Entstehung des Konkursanspruchs vorhandene Aufrechnungsrechte bleiben bestehen, § 53, neue können nach Entstehung desselben nicht erworben werden. § 55 Ziffer 1 und 2. Die Ziffer 3 des § 55 trägt dem Rechnung, daß jeder Gläubiger, wenn einmal die Krisis eingetreten ist, es durch den Konkursantrag herbeiführen kann, daß der Konkursanspruch entsteht.

§ 11. Die rechtlichen Beziehungen des aufrechnungsberechtigten Gläubigers zum Konkurs des Schuldners im allgemeinen.

Das Prinzip, das die KO. im § 53 an die Spitze stellt, lautet: „Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist,

[16]) Anders Schrutka S. 57 Anm. 6.

[17]) Schrutka S. 57/58.

[18]) Ähnlich Kohler, Lehrbuch S. 86.

braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.“

Daß dieses Prinzip nur für solche persönliche Gläubiger gilt, die, falls sie nicht zur Aufrechnung befugt wären, zu ihrer Befriedigung auf Teilnahme am Konkurs angewiesen wären, ergibt sich daraus, daß § 53 ihre Forderung von der Anmeldelast befreit, also ein Anmelderecht oder eine Anmeldefähigkeit, d. h. eine Konkursforderung voraussetzt.

Wer im einzelnen aufrechnungsberechtigt ist, das ist im ersten Abschnitt dargestellt.

Hier handelt es sich um die Grundfrage, unter welche Kategorie der mit dem Konkurs des Schuldners in Beziehung stehenden Gläubiger der aufrechnungsberechtigte Gläubiger fällt, eine Frage, die, wie die später aus ihrer Beantwortung gezogenen Folgerungen zeigen, nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung hat. Natürlich kommt nur seine Stellung vor der Aufrechnungserklärung in Frage; denn ist diese einmal abgegeben, so ist sein Gläubigerrecht rückwirkend erloschen.

Die Frage ist, ob der aufrechnungsberechtigte Gläubiger Konkursgläubiger im Sinne der KO. ist oder nicht.[1]) Der Wortlaut des Gesetzes, das hier nur von Gläubigern spricht, während sonst, z. B. §§ 29 ff., immer von Konkursgläubigern geredet wird, könnte für die Verneinung sprechen.

Für die Bejahung sprechen aber folgende Erwägungen: Der Umstand, daß das Gesetz ihm erlaubt, mit seiner Forderung vom Verfahren fern zu bleiben, spricht nicht gegen seine Konkursgläubigereigenschaft. Denn diese Eigenschaft ist immer dann begründet, wenn der betreffende Gläubiger eine dem § 3 KO. entsprechende Forderung hat, nicht aber verlangt sie, daß der Inhaber einer solchen Forderung sich tatsächlich am Verfahren beteiligt. Spräche man ihm prinzipiell, d. h. wenn er von dem Recht der Nichtbeteiligung Gebrauch macht, die Eigenschaft des Konkursgläubigers ab, so müßte man sie ihm jedenfalls dann zuerkennen, wenn er

[1]) Letzteres Völderndorff S. 563. Schrutka S. 46 oben.

seine Forderung zum Konkurs anmeldet.[2]) Daß durch die Anmeldung seine Rechtsstellung aber keine Veränderung erleidet, wird in § 14 ausgeführt werden. Es hinge dann seine Rechtsstellung von der hierfür ganz belanglosen Anmeldung oder Nichtanmeldung ab.[3]) Überdies ist der Begriff des Konkursgläubigers nicht auf das subjektive Kriterium der Beteiligung oder Nichtbeteiligung gestellt; vgl. die §§ 12, 14, 193 KO., die auch gelten, wenn die Forderung am Verfahren nicht beteiligt ist.

Darnach erscheint der Satz begründet: Der aufrechnungsberechtigte Gläubiger ist Konkursgläubiger ohne Anmeldelast, also mit allen Beschränkungen, denen ein solcher unterliegt, außer denen, die sich gerade aus der Tatsache der Anmeldung ergeben.[4])

In den folgenden Paragraphen ist seine Rechtsstellung im einzelnen dargelegt.

§ 12. Der Fortbestand des Aufrechnungsrechts.

I. Das Hauptrecht des Gläubigers, in dem sich die wesentliche Abweichung von der par condicio ausdrückt, und als dessen bloße Folgen alle übrigen Rechte erscheinen, ist der Fortbestand des ihm nach bürgerlichem Recht zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zustehenden Aufrechnungsrechts.

Das Aufrechnungsrecht muß ihm (arg. § 54 „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens“) zugestanden haben spätestens in der im Eröffnungsbeschluß angegebenen Stunde bezw. um 12 Uhr mittags des Tags des Eröffnungsbeschlusses, § 108 KO., nicht erst

---

[2]) So im Effekt Völderndorff S. 569 II, da er ihm die Beteiligung am Konkurs zuläßt.

[3]) So Kohler, Lehrbuch S. 319 Anm. 3.

[4]) Vgl. Wilmowski § 53 Anm. 2: „Er (scil. der zur Aufrechnung befugte Gläubiger) ist nur nicht an die Form der Anmeldung gebunden, um seine Forderung geltend zu machen.“ Aus der Rechtsprechung insbesondere OLG. Braunschweig, Seufferts Archiv 48 Nr. 239, wo scharf betont ist, daß die Aufrechnungsberechtigten nicht als besondere Klasse in Beziehung auf die Befriedigung im Konkurs anzusehen, sondern Konkursgläubiger sind.

mit dessen Rechtskraft. Im Fall der Eröffnung durch das Beschwerdegericht auf sofortige Beschwerde des vom Amtsgericht abgewiesenen Antragstellers (§ 109 KO.) genügt es, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden waren im Moment der Rechtskraft dieses Beschwerdebeschlusses, arg. § 74 Satz 1 KO., also nach Ablauf von vierzehn Tagen (§ 577 ZPO.) von der von Amts wegen (§ 73 II KO.) nach den §§ 208—13 ZPO. erfolgenden Zustellung[1]) des Beschlusses an den Gemeinschuldner, da nur dieser im Fall der Eröffnung das Recht der weiteren sofortigen Beschwerde hat.[2]) Ist die sofortige Wirksamkeit des Beschwerdebeschlusses nach § 74 Satz 2 KO. angeordnet, so kommt es wieder auf die im Beschluß angegebene Eröffnungsstunde an. Überträgt das Beschwerdegericht die Eröffnung dem Konkursgericht nach § 575 ZPO., so ist maßgebend der vom letzteren im Beschluß angegebene Zeitpunkt bezw. die Mittagsstunde des Beschlußtages.

II. Aufrechnungsgegner ist der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, § 6 KO. Ihm bezw. seinem Prozeßbevollmächtigten gegenüber muß die Aufrechnung erklärt werden, außergerichtlich oder im Prozeß. Wenn der Gläubiger in einem gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich geführten Prozeß (z. B. nach § 144 II KO.) aufrechnet, so ist diese Aufrechnung unwirksam, weil sie nicht gegenüber dem Verfügungsberechtigten geschehen ist.

Zulässig ist, wie in § 14 ausgeführt ist, eine Verbindung der Anmeldung der aufrechenbaren Forderung im Konkurs mit der Aufrechnungserklärung. Allein es fragt sich, ob eine solche Aufrechnungserklärung sofort mit der Anmeldung[3]) oder erst mit der Kenntnis-

---

[1]) § 111 Abs. II mit § 76 III KO. gilt nur für den Eröffnungsbeschluß.

[2]) Jaeger § 109 Anm. 8, vgl. § 568 ZPO.

[3]) So Kohler, Leitfaden 2. Aufl. S. 92. Wilmowski § 54 Anm. 5 a. E. spricht für den Fall einer illiquiden Gegenforderung von der Anmeldung der Forderung mit der Erklärung, daß im Fall des Nachweises der gegnerischen Forderung mit derselben aufgerechnet werde, ohne sich aber über den Zeitpunkt der Wirksamkeit dieser Aufrechnung näher auszusprechen.

nahme durch den Verwalter bei Prüfung der Anmeldungen, die seine Aufgabe ist,[4]) wirksam wird, oder ob sie nicht überhaupt jeglicher Wirkung entbehrt.[5])

Die Anmeldung geschieht gegenüber dem Gericht, § 139 KO. Daß dieses Empfangsstelle für Erklärungen an den Verwalter sei, wie Kohler geltend macht, ergibt sich aus keiner gesetzlichen Bestimmung; es müßte hier eine gesetzliche Vertretungsmacht für den Konkursverwalter haben, da die Aufrechnungserklärung nach § 389 BGB. gegenüber dem anderen Teil bezw. dessen Vertreter abgegeben werden muß. Für diese Vertretungsmacht fehlt aber jeder Anhalt. Mit seinem weiteren Beweismittel, daß die gegenteilige Ansicht ein Formalismus sei, könnte man jede den Parteien lästige Gesetzesvorschrift beseitigen.[6])

Allein auch die von Jaeger vertretene Ansicht dürfte nicht richtig sein. Denn einerseits verlangt sie positive Kenntnisnahme des Verwalters von der Aufrechnungserklärung und widerspricht insoweit dem Erfordernis des Zugehens im Sinn des § 130 BGB., als der Schaffung der normalen Möglichkeit der Kenntnisnahme, andererseits kann aber auch nicht einmal in der Kenntnisnahme von der Aufrechnung durch den Verwalter bei Prüfung der Anmeldungen ein dem Erfordernis des § 130 entsprechendes Zugehen erblickt werden. Als empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden (nur um letztere handelt es sich, wenn sie mit der Anmeldung verbunden wird) bedarf die Aufrechnung nach § 130 BGB. des Zugehens gegenüber dem Konkursverwalter. Es muß also die Aufrechnungserklärung ihrer Richtung nach bestimmt sein für den Verwalter — das wird meist fehlen, wenn sie mit der Anmeldung verbunden wird —; weiter aber muß der ganze Akt des Zugehens

---

[4]) So Jaeger § 53 Anm. 23, RG. Bd. 56 S. 364.

[5]) Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 233 5 zweifelnd, aber doch bejahend, wenn die Aufrechnung zur Kenntnis des Verwalters kommt. Nach den Motiven zur KO. S. 229 genügt jede Erklärung gegen den Konkursverwalter.

[6]) Die Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis darf Auslegungsmittel nur intra, nicht contra legem sein.

vom Willen des Aufrechnenden getragen, d. h. von ihm beabsichtigt werden.[7]) Das ist aber nicht der Fall, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch ein Ereignis gegeben wird, das nicht vom Willen des Aufrechnenden getragen wird. Durch die bloße Anmeldung ist nun der Begriff des Zugehens hinsichtlich der Aufrechnungserklärung nicht erfüllt. Die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme ist durch sie zwar für die Anmeldung, nicht aber für die Aufrechnungserklärung gegeben, da die Anmeldung gegenüber dem Gericht, nicht gegenüber dem Verwalter erfolgt. Die Schaffung dieser Möglichkeit der Kenntnisnahme muß aber weiter auf dem Willen des Aufrechnenden beruhen. Die Anmeldung beruht nun zwar auf seinem Willen. Diese ist aber, wie schon bemerkt, nur der Anfang des Zugehens. Die Fortsetzung des Zugehens, die Schaffung der Möglichkeit normaler Kenntnisnahme fehlt; aber auch wenn man annimmt, daß sie gegeben ist, so beruht sie nicht auf dem Willen des Erklärenden; denn das kann sie nach Lage der Sache gar nicht.

Es muß daher eine Aufrechnungserklärung, von der der Verwalter nur bei Prüfung der Anmeldungen Kenntnis erhält, als den §§ 388 und 130 BGB. nicht entsprechend, für unwirksam erachtet werden.

§ 13. Die Einwirkung des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gläubigers und des Gemeinschuldners.

I. 1. Schwebt über die Aktivforderung bei Konkurseröffnung ein Prozeß des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner — Passivprozeß über die Passivmasse —, so ergibt sich als Folge der in § 11 dargelegten Eigenschaft des aufrechnungsberechtigten Gläubigers als eines Konkursgläubigers die Unterbrechung dieses Prozesses durch

[7]) Ähnlich Zitelmann BGB. Bd. I S. 94/95; für eine Willenserklärung nach § 130 ist Richtung und Empfang an einen bestimmten Anderen nötig. Richtung bedeutet: Der Erklärende beabsichtigt den Empfang der Erklärung durch diese Person.

die Konkurseröffnung nach §§ 240, 246 ZPO. ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten.[1])

Ebenso wird ein Prozeß des Gemeinschuldners über die Passivforderung — Aktivprozeß — durch die Konkurseröffnung unterbrochen.

2. a) Allerdings wird im ersten Fall die Unterbrechung zu einer dauernden, denn infolge des Fortbestands des Aufrechnungsrechts gestaltet sich das weitere Verfahren zu einem von dem Regelfall der Aufnahme des Passivprozesses über die Passivmasse abweichenden. Denn anstatt seine Forderung im Verfahren anzumelden, § 12 KO., rechnet der Gläubiger außergerichtlich gegenüber dem Verwalter auf. Erst wenn der Verwalter die Wirksamkeit dieser Aufrechnung bestreitet, kann er negative Feststellungsklage auf Nichtbestehen seiner Schuld erheben; eine Aufnahme des alten Prozesses ist unmöglich, da dieser ein anderes Ziel anstrebt. Sonst aber kann er, z. B. auf Befriedigung, nicht klagen. Auch er hat kein Recht auf außerkonkursmäßige Rechtsverfolgung — denn da er Konkursgläubiger ist, gilt § 12 KO. auch für ihn[2]) — außer soweit sie die rechtskraftfähige Feststellung der Tilgung seiner Schuld durch Aufrechnung betrifft. Es fehlt auch ihm das Rechtsschutzbedürfnis für die sonstige persönliche Ausklagung des Gemeinschuldners.

b) Im Fall der Unterbrechung des Aktivprozesses, wo es sich also um den Prozeß um die Passivforderung (die Forderung des Gemeinschuldners) handelt, kann sich das weitere Verfahren verschieden gestalten. Erklärt der Gläubiger während der Unterbrechung

[1]) Unterbrochen werden nach § 240 ZPO. nur Prozesse über solche Ansprüche, die als Konkursforderungen geltend gemacht werden können, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie als solche geltend gemacht werden oder nicht. Seuffert zu § 240 4 b, Konkursprozeßrecht S. 188 Anm. 11. Die Unterbrechung tritt also nur ein, wenn der Aufrechnungsberechtigte Konkursgläubiger ist.

[2]) Oetker I 247 Abs. II läßt auch die Rechtsverfolgung gegen den Gemeinschuldner persönlich zu, neben Aufrechnung und Anmeldung, vom Standpunkt seiner bei Jaeger § 12 Anm. 1, 7 und 8 verworfenen Auffassung des § 12 KO.

außergerichtlich gegenüber dem Verwalter die Aufrechnung und erkennt dieser ihre Wirksamkeit an, so besteht für den Verwalter und den Gläubiger kein Interesse mehr an einer Aufnahme, und die Unterbrechung bleibt bestehen, falls der Rechtsstreit nicht nur über die Kosten fortgesetzt werden soll. Bestreitet jedoch der Verwalter die Wirksamkeit dieser außergerichtlichen Aufrechnung, so nimmt er durch Zustellung eines Schriftsatzes, § 10 KO., oder auch im Weg konkludenten Verhaltens[3]) den Rechtsstreit über die Passivforderung mit unverändertem Klagantrag auf. Sache des aufrechnenden Gläubigers ist es dann, in dem aufgenommenen Prozeß den rechtsverneinenden Einwand der außerprozessual geschehenen Aufrechnung geltend zu machen. Beschränkung der Verhandlung durch Gerichtsbeschluß auf den Aufrechnungseinwand, § 146 ZPO., und Zwischenurteil nach § 303 ZPO. über ihn sind möglich[4]) für den Fall, daß der Einwand für unbegründet erachtet wird. Denn wird er für begründet erachtet (und sind andere Einwendungen nicht mehr zu erledigen), so kann durch Endurteil, da der ganze Streit zur Entscheidung reif ist, die Klage abgewiesen werden.

Ebenso kann der aufrechnende Gläubiger, falls der Verwalter die Aufnahme verzögert, denselben zur Aufnahme und zur Verhandlung zur Hauptsache laden und dann den Einwand der geschehenen Aufrechnung bringen. Eine gesonderte negative Feststellungsklage auf Nichtbestehen der aufgerechneten Forderungen aber kann der Gläubiger in diesem Fall nicht erheben. Dieselbe müßte als unzulässig verworfen werden, weil ihm das rechtliche Interesse an alsbaldiger gesonderter Feststellung fehlt. Denn was er mit ihr erzielen kann, die rechtskräftige Feststellung des Erloschenseins seiner Schuld, erzielt er auch durch die von ihm ausgehende Ladung zur Aufnahme und die dadurch folgende Aufnahme. Denn auch das die Klage des Verwalters auf Leistung der Passivforderung abweisende Sachurteil aus dem Grund der Aufrechnung stellt rechtskräftig das Erloschensein dieser Forderung fest und an einer

---

[3]) RG. Bd. 51 S. 95.

[4]) Letzteres auch im Fall der Konnexität. Seuffert § 145 4 c.

Feststellung des Erloschenseins seiner Aktivforderung hat er wohl kaum ein rechtliches Interesse. Eine alsbaldige Feststellung wäre bei dieser Feststellungsklage zudem direkt unmöglich, indem das Gericht, das über die Wirksamkeit der Aufrechnung zu entscheiden hätte, nach § 148 ZPO. aussetzen müßte, bis der Erstprozeß über das Bestehen der Passivforderung entschieden wäre. Denn erst dann könnte es sich mit der Frage der Wirksamkeit der Aufrechnung befassen; in diesem Moment kann es aber das erste Gericht mindestens ebensogut.

Möglich ist auch, daß die Aufrechnung erst im Prozeß (sei es auf die Aufnahme durch den Verwalter oder den Gläubiger hin) erklärt wird. Dann kommt es darauf an, ob sie Eventualaufrechnung ist oder nicht. Ist sie ersteres, so muß zuerst der Rechtsbestand der Passivforderung festgestellt werden. Dann erst kann über die Aufrechnung gegen sie entschieden werden. Diese weitere Entscheidung gestaltet sich einfach, wenn der Verwalter gegen die Aufrechnung keine Einwendungen macht, also den Rechtsbestand der Aktivforderung ꝛc. ausdrücklich oder stillschweigend zugibt. Sie erfordert vorgängigen Beweis, wenn dieser bestritten wird. Bei Mangel der Konnexität kann durch Beschluß die Verhandlung über die Passivforderung (Klage) und den Aufrechnungseinwand getrennt werden, § 145 III ZPO., und es kann in diesem Fall und auch wenn keine Trennung erfolgt ist, über die Passivforderung Vorbehaltsurteil ergehen und die Entscheidung über die Aufrechnung dem Nachverfahren vorbehalten werden. § 302 ZPO. Ebenso können die §§ 146 und 303 ZPO. Anwendung finden.

Ist die Aufrechnung nicht als Eventualaufrechnung gemeint, so bedarf es eines Eingehens auf die Passivforderung nicht mehr. Denn in der unbedingten Aufrechnung gegen sie liegt ein stillschweigendes Anerkenntnis der Passivforderung und ein Verzicht für den Prozeß auf die bisher vorgebrachten Einwendungen gegen sie.[5]) Der weitere Umfang des Prozesses hängt dann wieder davon ab, ob der Verwalter gegen die Aufrechnung Einwendungen

[5]) Jaeger § 53 KO. Anm. 1 a. E.

macht oder nicht. Eine Anwendung des § 302 ZPO. ist auch hier möglich, Bedeutung wird sie aber nur für den Fall haben, daß der Verwalter gegen die Aufrechnung Einwendungen macht. Im andern Fall ist eben auch der „Streit" über die Aufrechnung zur Entscheidung reif. Die Anwendung des § 145 III wird deshalb ausgeschlossen sein, da eine weitere Verhandlung über die Klage (Passivforderung) nicht mehr nötig ist.[6])

II. Neben der Aufnahme der alten Prozesse, in denen sich dann der Streit über die Aufrechnung implizite entscheidet (oben I 2 b) sind außer dem unter I 2 a schon angedeuteten Fall einer negativen Feststellungsklage neue Prozesse möglich, die die Aufrechnung zum Gegenstand haben.

Partei in diesen Prozessen sind der Gemeinschuldner, gesetzlich vertreten durch den Konkursverwalter, sowie der Gläubiger. Die Konkursgläubiger sind Dritte, die dem Prozeß höchstens als Nebenintervenienten des Gemeinschuldners beitreten können: Das rechtliche Interesse am Sieg der Hauptpartei haben sie. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach den allgemeinen örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsregeln; das Konkursgericht hat mit dem Prozeß überhaupt nichts zu tun.[7]) Der Gemeinschuldner kann, trotzdem er Partei ist, Zeuge sein, weil er nicht parteieidesfähig ist (nachträgliche Beeidigung § 393 I 4 II ZPO.).[8]) Ebenso kann er als Nebenintervenient auftreten.[9])

Der Gang des Prozesses kann ein verschiedener sein:

a) Der Verwalter will trotz außergerichtlich erklärter Aufrechnung die Passivforderung zur Masse ziehen, indem er die Aufrechnung beanstandet, und klagt sie deshalb ein. Der beklagte

---

[6]) Die §§ 145 III, 302 sind sowohl anwendbar, wenn der Einwand der außergerichtlich erklärten Aufrechnung gemacht wird, als auch wenn die Aufrechnung erst im Prozeß erklärt wird. Seuffert zu § 145 4 a Satz 2, § 302 2. A. A. Rehbein S. 347 1 und S. 349 für den § 322 ZPO.

[7]) Jaeger § 53 Anm. 22.

[8]) Jaeger § 6 Anm. 27, Seuffert vor § 373, insbesondere S. 550.

[9]) Seuffert § 66 2 b, Jaeger § 6 Anm. 29, von Seuffert irrtümlich für das Gegenteil zitiert.

Gläubiger erhebt dann den Einwand der außergerichtlichen Aufrechnung. Es kann aber auch so sein, daß der Verwalter auf Leistung klagt und der Gläubiger erst im Prozeß und zwar unbedingt aufrechnet. (Analog oben I b a. E.) Für den weiteren Verlauf, insbesondere für die Anwendung der §§ 145 III, 302, 146, 303 gilt das unter I Gesagte.

b) Es kann aber auch der Aufrechnende als Kläger auftreten, indem er der Leistungsklage des Verwalters zuvorkommend, negative Feststellungsklage auf Feststellung der Tilgung seiner Schuld durch die Aufrechnung erhebt; eine nachherige Leistungsklage des Verwalters wäre dann nach § 148 ZPO. bis zur Entscheidung des Feststellungsprozeßes auszusetzen.

III. Verschieden von der oben I 2b verneinten Zulässigkeit einer gesonderten Feststellungsklage auf Feststellung der Tilgung beider Forderungen im Fall der Unterbrechung eines Prozesses über die Passivforderung ist die Frage, wann der aufrechnende Gläubiger in den Fällen I 2b und 2a, in denen er Beklagter ist, im Weg der Widerklage nach § 280 ZPO. inzidenter den Rechtsbestand seiner Forderung, mit der er aufrechnet, feststellen lassen kann. Diese Inzidentfeststellungsklage ist immer dann zulässig, wenn der Verwalter den Rechtsbestand der Aktivforderung bestreitet. Denn von deren Bestehen hängt die Wirkung der Aufrechnung und damit die Entscheidung ganz ab. Der Punkt ist also präjudiziell. Auch ist diese rechtskraftfähige Feststellung seiner Aktivforderung für den Gläubiger von prozessualer Bedeutung. Denn wenn die Klage des Verwalters auf Grund der vom Gericht für wirksam erachteten Aufrechnung durch den Gläubiger als unbegründet abgewiesen wird, so ist damit der frühere Bestand der aufgerechneten Aktivforderung nicht rechtskräftig festgestellt. Denn die Entscheidung über Gegenrechte erwächst nicht in Rechtskraft. Arg. e contrario § 322 II ZPO. Mit der Widerklage aus § 280 aber erzielt der Gläubiger die rechtskräftige Feststellung seiner Forderung, ist also für einen Überschuß derselben, der als Konkursforderung geltend zu machen ist, gegen Bestreiten des Verwalters durch die Einrede der Rechts-

kraft geschützt und im Verfahren tituliert, § 146 VI KO. Vgl. unten unter V.

IV. Die Kosten der Prozesse trägt beim Unterliegen des Verwalters die Konkursmasse als Masseschuld nach § 59 1 KO.

Das gilt selbstverständlich für die vom Verwalter neu begonnenen Prozesse (oben II), ist aber auch rechtens für die von ihm übernommenen Prozesse (oben I 2 b) hinsichtlich der sämtlichen, auch der schon vor Konkursbeginn angefallenen Kosten (z. B. Verhandlungs- oder Beweisgebühr oder gemachte Barauslagen §§ 18, 28, 79, 81, 84 Gerichtskostengesetz). Nur als eine Folge dieses Satzes erscheint es, daß auch die Ansprüche des Aufrechnenden, der im Nachverfahren obsiegt, nach § 302 ZPO. Masseschuld nach § 59 1 sind.[10]) Ausgenommen sind nur die Kosten, zu deren Tragung der Gemeinschuldner bei Konkurseröffnung, wenn auch noch nicht rechtskräftig, verurteilt war. Beispiel: Wenn in erster Instanz der spätere Gemeinschuldner unterliegt, der Verwalter (oder noch der spätere Gemeinschuldner) Berufung einlegt, die während des Konkurses vom Verwalter durchgeführt wird, und jetzt auf Grund der Aufrechnungserklärung der Prozeß verloren geht, so sind die Kosten der zweiten Instanz Masseschuld, die der ersten bloße Konkursforderung.[11])

Da Schuldner der Masseschulden der Gemeinschuldner ist,[12]) können diese auch aus seinem konkursfreien Vermögen (z. B. später angefallenen Erbschaft) schon während des Konkurses beigetrieben werden.[13]) Die von Jaeger[14]) für die neu aus Handlungen des Verwalters erwachsenden Masseschulden in dieser Beziehung gemachte Ausnahme (Haftung nur mit dem konkursbefangenen Vermögen) trifft für die Prozeßkosten nicht zu, da eine Beschränkung der Kosten-

---

[10]) Jaeger § 53 Anm. 22, § 59 Anm. 2, § 10 Anm. 23, Fitting S. 82 ff.

[11]) Fitting S. 83 Anm. 33.

[12]) RG. Bd. 52 S. 332.

[13]) Jaeger § 57 Anm. 1 und 3, a. A. Fitting § 14 Anm. 35.

[14]) § 57 Anm. 3 a.

pflicht der gesetzmäßig vertretenen Partei auf bestimmte Sondervermögenskomplexe sich mit § 91 ZPO. nicht verträgt.[15])

V. Für den Überschuß der aufgerechneten Aktivforderung gilt § 12 KO. Er kann nicht im Weg der Klage oder Widerklage — abgesehen von dem Fall der Inzidentfeststellungsklage nach § 280 ZPO. (oben unter III), die logischerweise nicht auf den aufgerechneten Teilbetrag beschränkt werden kann, da es sich um die Frage des Bestehens des präjudiziellen Rechtsverhältnisses handelt — geltend gemacht werden, sondern ist anzumelden. Eine sofortige Aufnahme des Prozesses ist ausgeschlossen. Erst wenn die Anmeldung bestritten werden sollte, ist nach § 146 III KO. die Feststellung durch Aufnahme von dem Gläubiger zu betreiben.[16]) Der Verwalter kann nur dann aufnehmen, wenn der Überschuß vor der Unterbrechung schon tituliert war. § 146 VI.

§ 14. Die Anmeldung der aufrechenbaren Forderung im Konkurs, ihre Bedeutung und ihre Folge.

I. Nur eine Folge des Fortbestandes des erworbenen Aufrechnungsrechts ist das Recht des Gläubigers, seine Forderung nicht im Konkursverfahren geltend machen zu müssen. Denn da er sich durch die Aufrechnung für seine ganze Forderung befriedigen kann, hat es keinen Zweck, ihn auf den Weg zu verweisen, auf dem er nur eine prozentuale Deckung bekommt. Daraus, daß er seine Forderung nicht im Konkursverfahren geltend zu machen braucht, ergibt sich, daß er von der Anmeldung (nach den §§ 110 und 135 KO.) als dem durch das Gesetz vorgeschriebenen Weg der konkursmäßigen Geltendmachung der Forderung befreit ist.

Eine Ausnahme, nämlich eine Anmeldepflicht (bezw. -Last) besteht nur im Genossenschaftskonkurs. § 105 V Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschafsgenossenschaften. Der Genosse kann gegen die Nachschüsse eine Forderung an die Genossenschaft nur aufrechnen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als Konkurs-

[15]) Siehe Seuffert vor § 91 4, Gaupp-Stein vor § 91 IV N. 13c.

[16]) Jaeger § 12 Anm. 6.

gläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat. Nach der allgemeinen Bestimmung des § 53 KO. wäre er zur sofortigen Aufrechnung befugt. § 105 V beschränkt aber sein Recht und schiebt es zeitlich hinaus.[1]) Denn Konkursgläubiger können Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen nach § 105 I nur soweit verlangen, als sie mit ihren bei der Schlußverteilung (§ 161 KO.) berücksichtigten Forderungen aus dem zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorhandenen Vermögen der Genossenschaft nicht befriedigt worden sind. Daher muß der Genosse seine Forderung als Konkursforderung anmelden und sorgen, daß sie bei der Schlußverteilung berücksichtigt, d. h. im Schlußverzeichnis mit der darnach auf sie entfallenden Quote aufgenommen wird.[2]) Mit dem sich aus dem Schlußverzeichnis ergebenden Ausfall seiner Forderung kann er dann gegen die Nachschußforderung aufrechnen. Da die Aufrechnung nur erfolgen kann mit dem sich aus dem Schlußverzeichnis sich ergebenden Ausfall, also erst nach Beginn der Schlußverteilung, so ergibt sich daraus, daß der Genosse nicht schon gegen die im Laufe des Konkursverfahrens nach § 106 ff. Genossenschaftsgesetz auf Grund der Vorschußberechnung von ihm einzuziehenden Beträge, sondern erst gegen die nach § 114 nach Beginn der Schlußverteilung auf Grund der Nachschußberechnung von ihm eingeforderten Nachschüsse aufrechnen kann.[3]) Da er einen Anspruch auf Befriedigung aus den Nachschüssen nur bei festgestellten, titulierten und nicht im Prozeß befangenen, oder nicht unter § 115 II Genossenschaftsgesetz fallenden Forderungen hat (in allen anderen Fällen werden die Anteile nur zurückbehalten, § 168 1 KO.) kann er nur mit solchen Forderungen aufrechnen.[4]) Nach der herrschenden Lehre darf der Genosse unter den Voraussetzungen des § 105 V auch eine Konkursforderung auf-

[1]) Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 330 Anm. 6.

[2]) In dieses werden aufgenommen alle festgestellten oder titulierten oder nicht titulierten Forderungen, für die der Nachweis des § 152 KO. erbracht ist, vgl. Fitting § 53 Anm. 20.

[3]) Fitting § 53 Anm. 10, Seuffert S. 331.

[4]) Seuffert S. 331.

rechnen, die er erst im Lauf des Verfahrens von einem anderen Konkursgläubiger erworben hat.[5])

II. Dem Rechte der Nichtbeteiligung am Konkurs steht aber keine Pflicht des aufrechnungsberechtigten Gläubigers gegenüber, sich nicht am Verfahren zu beteiligen.

Vielmehr besteht für ihn die Möglichkeit und Befugnis der Anmeldung seiner Forderung im Konkurs seines Schuldners. Daß er damit in den Kreis der Konkursgläubiger im Sinn des § 3 KO. eintritt, ist zweifellos. Allein es ergibt sich daraus, da einerseits nach der KO. die Konkursgläubigereigenschaft nicht abhängt von der tatsächlichen Beteiligung am Konkurs und andererseits durch diese Beteiligung seine Rechtsstellung hinsichtlich des Aufrechnungsrechts nicht im geringsten geändert wird, die schon im § 11 gezogene Folgerung, daß er ohne Rücksicht darauf, ob er anmeldet oder nicht, systematisch unter die Konkursgläubiger zu rechnen ist.

Da das Gesetz ihn von der Anmeldelast befreit und ihm sein Aufrechnungsrecht beläßt, könnte in der Betätigung der Anmeldung ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht erblickt werden. Allein der Gläubiger kann, wie unter III noch zu zeigen ist, an einer einstweiligen Anmeldung ein begründetes rechtliches Interesse haben, und es ist daher in der einseitigen Anmeldung als solcher ein stillschweigend erklärter Verzicht auf das Aufrechnungsrecht nicht enthalten.[6]) Nur als eine Folge dieses Satzes erscheint es dann, daß auch die weiteren konkursmäßigen Akte, z. B. die konkursmäßige Feststellung[7]) oder das Mitstimmen beim Zwangsvergleich[8])

[5]) Da § 55 2 KO. dem nicht im Weg stehe. Begründung bei Seuffert S. 332 Anm. 9.

[6]) Motive zur KO. S. 233 Anm. 1, Völderndorff Bd. I S. 569, Fitting § 21 Anm. 33, Wilmowski § 53 Anm. 4 u. 5.

[7]) RG. Bd. 26 S. 116: „Die konkursmäßige Feststellung hindert die Aufrechnung ebensowenig wie die Einklagung einer Forderung und die Erlangung eines verurteilenden Erkenntnisses." Siehe aber unten § 32 N. 11.

[8]) RG. Bd. 37 S. 15. Wilmowski § 53 Anm. 5 erblickt in der vorbehaltlosen Beteiligung an einem Zwangsvergleich einen Verzicht auf das Aufrechnungsrecht; vgl. darüber unten § 17 bei N. 4 u. 5.

die Aufrechnung nicht hindern. Da die unwidersprochene Feststellung der Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner wie ein gegen ihn ergangenes rechtskräftiges Urteil wirkt, so begründet sie für den Gläubiger die Einrede der Rechtskraft.

Das Gesagte gilt auch für die Annahme einer Abschlagsverteilungsquote, selbstverständlich aber nur noch für den Betrag, der dadurch nicht getilgt worden ist.[9] Daß mit dem nach Ausschüttung der ganzen Masse noch ungedeckt gebliebenen Teil der Forderung aufgerechnet werden kann,[10] daß also in der Annahme der ganzen Konkursdividende ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht nicht zu erblicken ist, ist auch nur eine Folge des aufgestellten Satzes und ergibt sich schon aus der Erwägung, daß sonst der Gläubiger einer solchen Forderung schlechter gestellt wäre, als der Gläubiger einer nicht aufrechenbar gewesenen Forderung. Denn dieser kann den ungedeckten Rest seiner Forderung gegen den früheren Gemeinschuldner geltend machen, wie er will (§ 164 KO.) und ihn auch gegen eine neue Schuld an diesen aufrechnen. (Nur um eine solche wird es sich meist handeln, da die Masse ausgeschüttet, also die ursprüngliche Passivforderung zu ihr gezogen ist.) Der Gläubiger aber, der schon im Konkurs aufrechnen konnte, soll das nicht können und durch die Annahme der Konkursdividende auf sein Aufrechnungsrecht verzichtet haben?

[9]) Wilmowski § 53 Anm. 5. A. A. Völderndorff I S. 569 Anm. 21. Nach RG. Bd. 26 S. 116 ist die Erhebung der Konkursdividende von der Geltendmachung der Aufrechnung oder einem ausdrücklichen Verzicht auf dieselbe nicht abhängig, während indessen nicht ausgeschlossen ist, daß der Gläubiger vermöge eines Verhaltens, welches mit der Fortdauer des Rechtes zur Aufrechnung unvereinbar ist, letzteres verliert. Die Frage wird unentschieden gelassen, ob nicht die Dividende nur für den durch Ausfall nicht gedeckten Betrag erhoben werden, oder ob nicht umgekehrt für den Ausfall Deckung durch Aufrechnung gefordert werden kann und ob demnach nicht zur Vermeidung des Verlustes des Aufrechnungsrechts überhaupt oder unter Umständen, insbesondere bei Erhebung von Konkursdividenden, besondere Vorkehrungen erforderlich sind.

[10]) A. A. Petersen-Kleinfeller § 53 KO. Anm. 4. Wie hier Oetker I S. 247 N. 3.

III. 1. Hat der Gläubiger gegenüber dem Konkursverwalter die Aufrechnung außergerichtlich erklärt, so hat er ein Interesse an der Anmeldung und damit an der Beteiligung am Konkurs nur, wenn der Verwalter die Zulässigkeit der Aufrechnung bestreitet und sich ein Prozeß hierüber neu entspinnt oder fortsetzt.

Beruhigt sich der Verwalter bei der Aufrechnung, so ist eine neue Anmeldung gegenstandslos, da die Forderung erloschen ist, und eine schon geschehene Anmeldung ist aus demselben Grund zurückzuziehen. Der Verwalter ist bei Meidung des Regresses gegenüber Gläubigern und Gemeinschuldner (§ 82 KO.) verpflichtet, die Tabelle durch Löschung der Forderung von seiten des Konkursgerichtes berichtigen zu lassen. (Näheres unten V.)

Jeder Konkursgläubiger, dessen Anmeldung zugelassen ist, kann dann im Prüfungstermin das Erloschensein der Forderung durch geschehene Aufrechnung nach § 144 KO. geltend machen.[11])

Entspinnt sich aber ein Prozeß über die Wirksamkeit der Aufrechnung, so ist das Interesse an einer sofortigen einstweiligen Anmeldung (bis zur Entscheidung des Streites) gegeben, um für den Fall eines für den Gläubiger ungünstigen Ausgangs des Prozesses wenigstens die Konkursquote vollständig zu erhalten.[12]) In welcher Form eine solche einstweilige Anmeldung möglich ist, ist fraglich:

a) eine unbedingte Anmeldung ist immer möglich (oben unter II). Die auf die so angemeldete Forderung entfallende Abschlagsquote muß dem Gläubiger ausbezahlt und kann nicht zurückbehalten werden; denn § 168 1 KO. trifft auf diesen Fall nicht zu. Eine Zurückbehaltung könnte nur durch das Prozeßgericht im Weg der einstweiligen Verfügung angeordnet werden.[13]) Wird dann

[11]) Eine Aufrechnungserklärung durch ihn ist wirkungslos, da er kein Verfügungsrecht über die Masse hat. Petersen-Kleinfeller zu §§ 141—43 Anm. 16.

[12]) In welchen Fällen der Unzulässigkeit der Aufrechnung bei Bestand der Aktivforderung eine Beteiligung am Konkurs möglich ist, darüber unten 2 b.

[13]) Siehe aber unten N. 18.

der Aufrechnungsprozeß dadurch rechtskräftig erledigt, daß die Aufrechnung für wirksam erklärt wird, so steht dadurch fest, daß die angemeldete Forderung von dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit an erloschen ist und es erwächst dem Gemeinschuldner (nicht dem Konkursgläubiger) ein Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der sämtlichen gezahlten Dividenden, der durch den Konkursverwalter geltend gemacht wird.[14] Tritt die Erledigung des Prozesses erst nach Ausschüttung der ganzen Masse ein, so führt dieser Bereicherungsanspruch zu einer Nachtragsverteilung. Dasselbe gilt, wenn die Aufrechnung für unwirksam erklärt wird wegen Nichtbestehens der Aktivforderung. (Rechtskraft § 322 II ZPO.) Auch hier wird natürlich eine schon geschehene Aufrechnung gegenstandslos und sind die bezogenen Dividenden als ungerechtfertigte Bereicherung zur Masse zurückzugewähren.

b) Kann der Gläubiger seine Forderung auch anmelden für den Fall, daß der Prozeß für ihn ungünstig ausgehe, d. h. bedingt für den Fall, daß die Voraussetzungen einer Aufrechnung nicht bestehen sollten?[15]

Eine solche Anmeldung ist zu unterscheiden von der Anmeldung einer bedingten Forderung: In diesem Fall wird unbedingt angemeldet, und die Forderung ist bedingt; in dem hier in Frage stehenden Fall wird bedingt angemeldet, aber eine unbedingte Forderung. Dem Zweck des Konkurses als einer Befriedigung der Gläubiger dürfte eine solche Anmeldung nicht entsprechen, zumal ein solcher Fall vom Gesetz nirgends erwähnt wird und daher die Vorschriften über die Zurückbehaltung von Anteilen (§ 168 KO.)

[14]) Der Fall ist verschieden von dem unter II erwähnten, daß ohne Aufrechnung angemeldet wird, und erst nach Bezug einer Abschlagsquote nur mit dem Rest aufgerechnet werden kann. Denn hier ist schon die Aufrechnung erklärt und das Erloschensein der Aktivforderung nur streitig. Das rechtskräftige Urteil stellt dasselbe aber ex tunc fest.

[15]) Bejahend Fitting S. 257. Wenn sonst in der Literatur von einer vorsorglichen Anmeldung die Rede ist, so z. B. bei Völderndorff Anm. 19, so ist mit diesem unjuristischen Ausdruck für die hier zu entscheidende Frage wenig anzufangen.

nicht anwendbar sind, demnach die Konkursdividende auszuzahlen wäre. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, daß ja auch im Fall a die Auszahlung stattgefunden hat. In diesem Fall handelt es sich um eine nach der KO. zweifellos zulässige Anmeldung und es kann daher das gleiche Resultat nicht als Argument für die Bejahung der Frage unter b verwendet werden.[16])

2. Anstatt schon während des Schwebens des Prozesses über die Aufrechnung sofort anzumelden, ist es auch möglich, daß der Gläubiger bis zur Erledigung des Prozesses dem Konkursverfahren fernbleibt. Anlaß für ihn hierzu kann seine sichere Überzeugung von der Zulässigkeit der Aufrechnung sein.[17])

a) Geht der Prozeß günstig für ihn aus oder wird die Zulässigkeit der Aufrechnung verneint wegen Nichtbestehens seiner Forderung, so ist eine Anmeldung ausgeschlossen.

b) Wird aber nur die Zulässigkeit der Aufrechnung verneint, ohne daß über das Bestehen seiner Forderung entschieden ist, so muß er jetzt dieselbe anmelden, um am Konkurs teilzunehmen. Solche Fälle der Zulässigkeit der Teilnahme am Konkurs bei unzulässiger Aufrechnung sind neben den Bestimmungen der §§ 393 bis 395 BGB. z. B. § 55 KO. Ziff. 1 Fall 1 oder Ziff. 3.

Seine Schuld muß er natürlich dann, soweit dieselbe zur Konkursmasse gehört (z. B. nicht § 394 BGB. einschlägt) zur Masse zahlen.

Im einzelnen sind nun hier verschiedene Fälle möglich:

α) Der Prozeß ist vor Vornahme einer Verteilung erledigt. Ist die Anmeldung noch vor Ablauf der Anmeldefrist und vor dem ersten Termin möglich, so gilt keine Besonderheit. Erfolgt sie

---

[16]) Vgl. aber auch unten 2 b N. 18.

[17]) Ein anderer Grund kann der sein, daß im Prozeß nur noch über die Höhe der beiderseitigen Forderungen gestritten wird, dagegen die Zulässigkeit der Aufrechnung unbestritten ist, so daß es sich nur noch um die Frage dreht, auf welcher Seite ein Überschuß vorhanden ist. In diesem Fall kann der Gläubiger während des Prozesses überhaupt nichts anmelden, da er noch nicht weiß, ob er zur Masse zu zahlen oder von dem Gemeinschuldner zu fordern hat.

nach Ablauf der Frist, aber vor dem Termin, so gilt § 142 I KO. Erfolgt sie nach dem Prüfungstermin, so gilt § 142 III KO. In allen diesen Fällen ist in dem allgemeinen oder dem speziellen Prüfungstermin noch ein Bestreiten dieser Forderung nach Grund, Höhe, Vorrecht oder bloßer Anmeldbarkeit durch den Konkursverwalter oder einen berechtigten Gläubiger, sowie den Gemeinschuldner (§ 164 II) möglich. Dadurch tritt dann neben den hier nicht interessierenden Wirkungen die Wirkung ein, daß für das Verteilungsverfahren die Forderung, wenn sie überhaupt nach § 152 KO. Berücksichtigung findet, nur durch Zurückbehaltung ihres Anteils berücksichtigt wird. § 168 I KO. (wenn sie nicht tituliert ist).[18])

β) Geschieht die Anmeldung erst, nachdem schon Abschlagsverteilungen vorgenommen worden sind, so nimmt die Forderung nur an den Neuausschüttungen teil. Weder besteht ein Anspruch auf Auszahlung der Prozente, die auf sie gefallen wären, wenn sie sich früher beteiligt hätte, gegen die übrigen Konkursgläubiger, noch besteht ein solcher Anspruch gegen die Konkursmasse.[19]) Denn § 155 KO. gilt nur für den Fall, daß die Forderung vor der Vornahme der Verteilung angemeldet und bestritten, aber erst nach

[18]) Nur durch Bestreiten der nicht titulierten Forderung im Prüfungstermin kann der Verwalter auch in dem Falle III 1 a (sofortige Anmeldung während des Prozesses) bewirken, daß — ohne einstweilige Verfügung — der Anteil auf die Forderung nicht ausbezahlt, sondern zurückbehalten wird und dadurch die Masse sicherer stellen, als wenn sie auf einen bloßen Bereicherungsanspruch angewiesen ist. Sind in diesem Fall die zurückbehaltenen Beträge nach §§ 168 mit 129, 132 KO. durch Beschluß der Gläubigerversammlung oder nach § 169 auf Anordnung des Gerichts hinterlegt und zwar bei der amtlichen Hinterlegungsstelle oder auch bei Privaten und ist im Fall des § 169 nach den Bedingungen der ersteren oder gemäß dem bei der Hinterlegung erklärten Willen des hinterlegenden Konkursverwalters im letzteren Fall die Einwilligung desjenigen zur Rücknahme des Hinterlegten nötig, für dessen Rechnung hinterlegt worden ist, so muß der Konkursverwalter diesen Anspruch auf Einwilligung für die Konkursgläubiger geltend machen, da diesen der hinterlegte Betrag im Weg der Nachtragsverteilung zugute kommt.

[19]) Jaeger § 152 Anm. 7, Fitting § 40 Anm. 23, Motive zur KO. S. 374/76 für den § 152.

der Ausschlußfrist des § 152 zum Feststellungsprozeß gebracht wird.[20])

γ) Schwebt der Prozeß bei Beendigung des Konkursverfahrens noch, so übernimmt ihn nicht der frühere Gemeinschuldner, sondern die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters besteht für ihn weiter.[21]) Denn für den Bereich einer Nachtragsverteilung hat der Konkursverwalter die Vertretungsmacht und um eine solche kann es sich hier handeln,[22]) wenn das Urteil die Aufrechnung für unzulässig erklärt; denn die Passivforderung ist dann zur Masse zu zahlen.[23]) Infolge dieser nachträglichen Zahlung, die unter den § 166 II gehört (nachträgliche Ermittelung, weil vor der Rechtskraft des Aufrechnungsprozesses der Verwalter nicht feststellen kann, ob die Passivforderung durch die Aufrechnung getilgt ist oder nicht, also noch zur Masse gehört), muß dann eine Nachtragsverteilung stattfinden. Jedoch ist der im Prozeß unterlegene Gläubiger von derselben ausgeschlossen, denn sie findet auf Grund des Schlußverzeichnisses statt, in dem er nicht steht.[24])

3. Anstatt zuerst aufzurechnen und die ganze Forderung sofort vorsorglich oder erst nach Entscheidung des Prozesses anzumelden, steht dem Gläubiger, wie schon unter II dargelegt, auch der umgekehrte Weg offen, daß er anmeldet und später erst aufrechnet. Hat er inzwischen schon an einer Abschlagsverteilung teilgenommen, so verringert sich der Betrag seiner Aktivforderung um diese Summe. Es ist dann nicht so, daß er mit der ganzen Aktivforderung aufrechnet und die Masse einen Anspruch auf Rückzahlung der bisher gezahlten Dividenden hat. Der Fall ist verschieden von dem oben III 1 a N. 13 und 14 behandelten.

[20]) Jaeger zu § 155 Anm. 1.

[21]) So Völderndorff Bd. II S. 500 Anm. 13, Fitting § 43 Anm. 5 a. E.

[22]) Es liegt ein Streit um einen eventuell zur Masse gehörigen Vermögensbestandteil vor.

[23]) Z. B. Schuld des Gläubigers aus vor Konkurseröffnung begangener unerlaubter Handlung, § 393 BGB.

[24]) So Jaeger § 166 Anm. 11, § 152 Anm. 7, Fitting § 43 Anm. 8, Völderndorff Bd. II S. 498, Motive zur KO. S. 386.

IV. In der Regel sind die beiden Forderungen ihrer ziffermäßigen Höhe nach verschieden:

a) Ist die Aktivforderung kleiner als die Passivforderung, so muß dieser Überschuß der letzteren als ein zum konkursbefangenen Vermögen gehörender Massebestandteil eingezahlt werden.

Bestreitet jedoch der Verwalter die Zulässigkeit der Aufrechnung oder die Höhe der Aktivforderung und verlangt er im ersten Falle die ganze Passivforderung, im zweiten einen entsprechend höheren Betrag zur Masse, so kann sich der Gläubiger (vorausgesetzt, daß er im Recht ist) von seiner Verbindlichkeit durch Hinterlegung des Überschusses unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme befreien (§§ 372 Fall 1 oder 2, 376 1, 378 BGB.). Die Kosten des vom Verwalter dann angestrengten Prozesses trägt die Masse als Masseschuld.

b) Verschieden von den oben behandelten Fällen der „vorsorglichen" Anmeldung der ganzen Forderung bis zur Erledigung des Aufrechnungsprozesses (III 1 a) und der Anmeldung nach ungünstigem Ausgang desselben (III 2) ist die Frage der Behandlung des Aktivüberschusses. Der Aktivforderungsüberschuß ist auf die konkursmäßige Geltendmachung, also Anmeldung und Prozente angewiesen. Denn das Recht der Nichtbeteiligung am Konkurs besteht nur für den Betrag der Forderung, der durch die Aufrechnung getilgt werden kann. Arg. § 53 „soweit".

Die Konkursdividende wird natürlich nur für diesen Überschuß, nicht für den ganzen Betrag der Forderung ausbezahlt. Denn sonst fiele ja auf den durch die Aufrechnung schon ganz getilgten Betrag noch einmal eine Auszahlung.

Beanstandet der Verwalter die Aufrechnung nicht, auch nicht hinsichtlich der Höhe des Aktivüberschusses, so ergeben sich keine Schwierigkeiten bei der Anmeldung.

Ist die Zulässigkeit der Aufrechnung überhaupt bestritten, die ganze Forderung nach III 1 a angemeldet, sind Abschlagsverteilungen auf dieselbe gemacht und stellt das Urteil dann die Wirksamkeit der Aufrechnung fest, so verringert sich der Bereicherungsanspruch der

Masse auf Rückzahlung der Dividenden (N. 14) etwas, wenn ein Überschuß da ist. Nur der Aktivüberschuß gilt als bezugsberechtigte Konkursforderung. Der Gläubiger kann nun nicht sagen, er behalte auch die Quote, die auf den durch die Aufrechnung getilgten Teil entfalle, als Deckung auf den Überschuß zurück. Denn dieser hat nur Anspruch auf anteilsmäßige Befriedigung. Vielmehr muß dann berechnet werden, wieviel Prozente auf den Überschuß gefallen wären, wenn nur er von Anfang an angemeldet worden wäre. Die Differenz zwischen diesem Betrag und der auf die ganze Forderung bezahlten Abschlagssumme ist als Bereicherung zurückzuerstatten. Ein Beispiel soll dies erläutern: Einer Forderung des Gläubigers von 100 steht eine Schuld desselben an den Gemeinschuldner von 50 gegenüber. Die Aufrechnung ist erklärt, aber bestritten, es wurde deshalb die ganze Forderung von 100 angemeldet und eine Abschlagszahlung von 10 auf sie gemacht (1000 ℳ sind im ganzen angemeldet und 100 zur Verteilung verfügbar). Das Urteil stellt nun die Wirksamkeit der Aufrechnung fest. Dann sind die Prozente, die auf die ex tunc getilgten 50 ℳ gezahlt sind, als Bereicherung zurückzuzahlen und nur der Uberschuß von 50 ℳ ist bezugsberechtigt. Zurückzuzahlende Bereicherung ist aber nicht die Summe, die dem Verhältnis des getilgten Betrags zum Überschuß entspricht, hier also nicht die Hälfte von 10 = 5, sondern etwas weniger. Denn wären von Anfang an nur 50 anstatt der 100 angemeldet worden, so wären auf diese 50 etwas mehr Dividende als 5 gekommen, da um 50 weniger bezugsberechtigte Forderungen an der Verteilung teilgenommen hätten, nämlich 5,263.[25]) Es sind also als Bereicherung 10 — 5,263 = 4,737 zurückzuzahlen (anstatt 5).

Der weitere Fall, daß nämlich im Aufrechnungsprozeß nur gestritten wird, auf welcher Seite ein Überschuß vorhanden ist, wurde schon oben III 2 N. 17 angedeutet. Hier kann der Gläubiger

[25]) Die Berechnung ist folgende: Wenn auf 1000 — 100 fallen, so fallen auf 50 — 5. Wenn auf 950 (die durch Aufrechnung getilgten 50 abgerechnet) 100 fallen, so fallen auf 50 = $\frac{100 . 50}{950}$ = 5,263.

entweder mit der Anmeldung bis zur Entscheidung des Prozesses warten oder eine Pauschalsumme anmelden. Erweist sich diese zu groß, so gilt für die zurückzuzahlende Bereicherung das eben Dargelegte gleichfalls.

V. A. Eine Berichtigung der Konkurstabelle durch Löschung der angemeldeten Forderung (vgl. oben vor N. 11) ist dann nötig, wenn unter den Beteiligten — Gläubiger und Konkursverwalter — über die Wirksamkeit der Aufrechnung von vornherein kein Streit besteht oder der Streit im Prozeßweg durch ein die Zulässigkeit der Aufrechnung rechtskräftig bejahendes Urteil entschieden worden ist.

Die Berichtigung erfolgt nie von Amts wegen, insbesondere kann das über den Aufrechnungsstreit entscheidende Prozeßgericht keine Berichtigung der Tabelle im Urteil anordnen.[26])

Allein auch das Konkursgericht als solches kann die Berichtigung nur auf Antrag vornehmen.[27]) Antragsberechtigt sind diejenigen, in deren Interesse die Berichtigung liegt (Motive), d. h. der aufrechnende Konkursgläubiger sowie jeder andere zugelassene Konkursgläubiger; der Konkursverwalter ist bei Meidung des Regresses zur Antragstellung verpflichtet. Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, aber auch mündlich in einem Termin gestellt werden.

Die zur Begründung dienenden Urkunden, z. B. öffentlich beglaubigte oder beurkundete Erklärung des Gläubigers, daß er das Erloschensein seiner Forderung durch Aufrechnung anerkenne, oder ein den Aufrechnungsstreit entscheidendes mit Rechtskraftzeugnis versehenes Urteil sind dem Konkursgericht hierbei vorzulegen. Im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegt es, ob es dem Antrag nach den vorgelegten Urkunden sofort stattgeben oder die Beteiligten (tatsächlich also meist den aufrechnenden Konkursgläubiger, falls dieser nicht selbst den Antrag stellt) vorher anhören soll. § 75 KO.[28])

---

[26]) Petersen-Kleinfeller § 53 3.

[27]) Anders Petersen-Kleinfeller l. c.; wie hier Jaeger § 146 Anm. 11, Oetker I S. 367, Motive II S. 367.

[28]) Motive II S. 367, Oetker I S. 371 unten.

Wird der Berichtigungsantrag durch förmlichen, nach § 73 II KO. von Amts wegen zuzustellenden Beschluß zurückgewiesen, so hat der Antragsteller dagegen das Recht der sofortigen Beschwerde. Allein ein formeller Beschluß des Konkursgerichts ist auch dann erforderlich, wenn dem Berichtigungsantrag stattgegeben wird.[29]) Das ist ganz klar für den Fall, daß das Gericht sich über den Antrag erst nach Anhörung der Beteiligten schlüssig macht, insbesondere wenn es nach § 73 I mündliche Verhandlung angeordnet hat. Denn dann liegen im Akt des Konkursgerichts Aktenprodukte, Schriftsätze, im letzteren Fall sogar protokollierte mündliche Verhandlungen (§ 72 KO., §§ 159 ff. ZPO.), ohne daß — vom Standpunkt der gegenteiligen Ansicht aus — dieses Zwischenverfahren einen aktenmäßig klar ersichtlichen Abschluß gewinnen würde. Eine bloße Verweisung auf die Berichtigung in der Tabelle durch Notiz des Konkursrichters könnte das nicht ersetzen. Ist es also in diesem Fall ein Gebot der formellen Geschäftsbehandlung, das Verfahren durch einen formellen Beschluß des Konkursgerichts abzuschließen, so muß man dieses Erfordernis auch für den Fall aufstellen, daß das Konkursgericht dem Antrag ohne weiteres stattgibt. Der Beschluß ist den Beteiligten nach § 73 II KO. von Amts wegen zuzustellen. Beteiligt sind, wenn ein zugelassener Konkursgläubiger den Antrag gestellt hat, der Antragsteller, der Konkursverwalter und der Aufrechnende; wenn einer von diesen beiden den Antrag gestellt hat, nur diese beiden. Denn die übrigen Konkursgläubiger haben zwar ein Interesse daran, daß die Zahl der an der Teilungsmasse Berechtigten sich verringert, dieses wird aber schon durch den Konkursverwalter wahrgenommen.

Verschieden von der Frage des Kreises der Beteiligten ist die Frage der Beschwerdeberechtigung gegen den Beschluß. Nur soweit hängen beide zusammen, daß ein Nichtbeteiligter auch für die Be-

[29]) Anderer Ansicht Oetker I S. 368, 370, 372 (latentes Aufhebungsdekret), Jaeger § 146 Anm. 31 (keine Entscheidung, sondern bloße Beurkundung), Seuffert S. 276 Anm. 18, Fitting § 38 N. 29; wie hier Petersen-Kleinfeller § 146 Anm. 31.

schwerdefrage nicht in Betracht kommen kann. Beschwerderecht hat derjenige, dessen rechtliche Interessen durch die Entscheidung beeinträchtigt werden und der deshalb an ihrer Aufhebung ein rechtliches Interesse hat.[30] Daraus ergibt sich, daß der Konkursverwalter nie beschwerdeberechtigt sein kann, da die Interessen der Gesamtgläubigerschaft und des Gemeinschuldners, die er zu wahren hat, dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß die Zahl der nach der Tabelle an der Teilungsmasse „Berechtigten" sich verringert.

Der Gläubiger, der aufgerechnet hat, könnte als beschwerdeberechtigt nur in Frage kommen, wenn nicht er den Antrag gestellt hat. Allein da die Berichtigung der Tabelle zur Voraussetzung hat, daß er und der Konkursverwalter über die Wirksamkeit der Aufrechnung einig sind oder der Streit zwischen ihnen rechtskräftig entschieden ist, sohin das Nichtmehrbestehen der aufgerechneten Forderung zu diesem Betrag unstreitig ist, so wird durch einen Beschluß auf Löschung seiner nicht mehr bestehenden Forderung sein rechtliches Interesse nicht verletzt. Es ergibt sich sonach, daß der die Berichtigung der Tabelle anordnende Beschluß des Konkursgerichts unanfechtbar ist.

Der Vollzug des Berichtigungsbeschlusses geschieht durch Eintrag eines vom Konkursrichter und Gerichtsschreiber zu unterschreibenden Löschungsvermerks in die Berichtigungsspalte[31] der Konkurstabelle.[32]

B. Das dem Berichtigungsbeschluß zugrunde liegende Verfahren kann sich im einzelnen je nach dem Zeitpunkt, in dem die Aufrechnung stattgefunden hat und der Berichtigungsantrag gestellt wird, verschieden gestalten:

a) Wird die Aufrechnung nach der Eintragung der Forderung in die Konkurstabelle, aber vor dem Prüfungstermin erklärt und nicht beanstandet, bezw. die Beanstandung vorher beseitigt, so ist ein Doppeltes möglich:

---

[30]) Fitting § 26 Anm. 23 mit Literatur.

[31]) Ausnahmen unten bei N. 33.

[32]) Oetker I S. 367, Jaeger § 146 Anm. 33.

α) Wenn der Gläubiger die Anmeldung der aufgerechneten Forderung zurücknimmt, so wird die Zurücknahme der Anmeldung nicht in die Berichtigungsspalte, sondern in die Bemerkungsspalte eingetragen.[33])

Der Gerichtsschreiber hat ohne Anordnung des Konkursrichters kein Recht zu dieser Eintragung; denn das wäre eine entscheidende Tätigkeit, die nur nach Prüfung der Wirksamkeit der Zurücknahme nach der formellen und materiellen Seite ergehen könnte, eine Funktion, die er nicht hat. Vielmehr kann die Eintragung nur nach vorgängigem Beschluß des Konkursgerichts (der materiell Berichtigungsbeschluß ist) in der Bemerkungsspalte mit Unterschrift des Richters und Schreibers erfolgen.

β) Wenn der Gläubiger die Anmeldung nicht zurücknimmt, so hat der Konkursverwalter zwei Wege:

1. Er kann einen Antrag auf Berichtigung der Tabelle stellen, der dann wie unter A dargelegt ist, erledigt werden muß.

2. Er kann aber auch bis zum allgemeinen Prüfungstermin warten und in diesem durch Widerspruch das Erloschensein der Forderung durch Aufrechnung nach §§ 144/45 KO. geltend machen. Dieses Ergebnis der Prüfungsverhandlung wird dann vom Konkursrichter in die Spalte: „Ergebnis der Prüfungsverhandlung" nach § 145 I KO. eingetragen. Kann er dem Konkursrichter den genügenden Nachweis des Nichtmehrbestehens der aufgerechneten Forderung führen, so kann sich daran ein Berichtigungs-(Löschungs-) beschluß und ein Eintrag in die Berichtigungsspalte schließen.

b) Wird die Aufrechnung erklärt, nachdem die im Prüfungstermin von keiner Seite (§ 144 I) widersprochene Forderung als festgestellt mit der Wirkung des § 145 II in die Konkurstabelle eingetragen worden ist, so gilt folgendes:

α) Der Gläubiger kann, indem er auf die Rechtskraftwirkung der Eintragung verzichtet, die Anmeldung auch nach der Eintragung zurückziehen. Für das Verfahren, den Beschluß und den Ort der Eintragung gilt dann das unter a α Gesagte.

[33]) Jaeger § 140 Anm. 8.

β) Zieht der Gläubiger die Anmeldung nicht zurück, so hat der Konkursverwalter für die Berichtigung der Tabelle zu sorgen.

Zur Antragsbegründung kann er eine dem Konkursrichter in genügender Form abgegebene Erklärung des Gläubigers vorlegen, daß dieser das Erloschensein seiner Forderung durch Aufrechnung anerkenne. Ist der Gläubiger aber zur Abgabe dieser Erklärung nicht bereit, so bleibt dem Konkursverwalter gegenüber der nach § 145 II KO. wie ein rechtskräftiges Urteil wirkenden Eintragung nichts anderes übrig als die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. gegen ihn, gestützt auf den materiellrechtlichen, nach § 767 II ZPO. zulässigen, weil erst nach der Feststellung entstandenen Aufrechnungseinwand.[34])

Dies gilt auch dann, wenn ein über die Wirksamkeit der Aufrechnung zwischen Konkursverwalter und Gläubiger entstandener Prozeß zugunsten der Aufrechnung rechtskräftig entschieden worden ist. Der Berichtigungsbeschluß kann in diesem Fall nicht schon durch Vorlage dieses Urteils erwirkt werden, denn die Rechtskraftwirkung der Eintragung nach § 145 II besteht nach wie vor.[35])

Für die Klage nach § 767 ZPO. ist das Amts- bezw. Landgericht des Konkurses ausschließlich zuständig.[36]) Erst auf die Vorlage einer Ausfertigung des rechtskräftigen (mit Rechtskraftzeugnis versehenen) Urteils, die aber nicht der Vollstreckungsklausel bedarf,[37]) kann der Berichtigungsbeschluß ergehen.

c) Wenn die Aufrechnung vor dem Prüfungstermin erklärt, trotzdem aber im Prüfungstermin die Forderung unwidersprochen festgestellt wurde, z. B. weil der Konkursverwalter nicht die Forderung als solche, sondern nur ihre Aufrechnungsfähigkeit bestritt (Verzicht auf die Aufrechnung), nachher aber die Zulässigkeit der Aufrechnung rechtskräftig bejaht wurde, so kann eine Berichtigung

---

[34]) Jaeger § 145 Anm. 11.

[35]) A. A. Oetker I S. 247, 371, 373, der die Klage aus § 686 ZPO. a. F. beim Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils über die Aufrechnung nicht für nötig erachtet.

[36]) Jaeger § 145 Anm. 11. Klagantrag ꝛc. siehe ebenda.

[37]) Jaeger § 146 Anm. 32.

der Tabelle nur erfolgen, wenn der Gläubiger damit einverstanden ist (oben b β). Gibt er eine Anerkennungserklärung nicht ab, so kann der Konkursverwalter gegen die Eintragung in die Tabelle die Klage aus § 767 ZPO. nicht erheben, weil der Grund, auf dem der Einwand beruht, vor der Feststellung entstanden ist. Damit ist für diesen Fall ein Berichtigungsbeschluß ausgeschlossen.[38]) Folgeweise muß der Konkursverwalter die festgestellte Forderung auch in das Verteilungsverzeichnis aufnehmen[39]) und im Einwendungsverfahren nach § 158 KO. kann das Nichtmehrbestehen der Forderung nicht geltend gemacht werden.[40])

Da nun dem Konkursverwalter trotz der Wirkung des § 145 II KO. irgend ein Rechtsbehelf gegen die Beteiligung der vollbefriedigten und erloschenen Forderung am Konkurs gegeben werden muß, so bleibt nichts anderes übrig, als ihm in entsprechender Anwendung der exceptio doli generalis[41]) das Recht zuzusprechen, negative Feststellungsklage auf Nichtmehrbestehen der festgestellten Forderung zu erheben und den Einwand der Rechtskraft nach § 145 II mit der replicatio doli generalis zu entkräften. Ist diese Klage zulässig, so erreicht er zwar damit nicht die Berichtigung der Tabelle, wohl aber die Nichtbeteiligung der Forderung an den Verteilungen.

Eine Zurückbehaltung der Anteile bis zur Entscheidung ist nur durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts möglich.[42])

---

[38]) Falls nicht nach der konkreten Sachlage gegen die Eintragung die Wiederaufnahme des Verfahrens und damit die Beseitigung der Eintragung möglich ist. Jaeger § 145 Anm. 12, Petersen-Kleinfeller §§ 144/45 Anm. 7.

[39]) Jaeger § 151 Anm. 3, Seuffert S. 348 α.

[40]) Jaeger ebenda und § 158 Anm. 4, Seuffert S. 349 Anm. 12 und 355, Petersen-Kleinfeller §§ 158 ff. Anm. 3.

[41]) Jaeger § 145 Anm. 11, Seuffert zu § 767 ZPO. 3a. Über die Möglichkeit der exceptio doli generalis nach geltendem Recht vgl. Silbermann in der Zeitschrift für Rechtspfl. Bd. I S. 35, die Zusammenstellung bei Philipp ebenda Bd. I S. 386, insbes. die angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 58 S. 356 u. 428), über die Zulässigkeit gegenüber rechtskräftigen Urteilen die Angaben bei Philipp, Zeitschrift I S. 225, II S. 1 ff.

[42]) § 769 I ist nicht anwendbar, da es sich nicht um die Klage aus § 767 ZPO. handelt.

Dem Konkursverwalter nicht das Recht dieser negativen Feststellungsklage zu geben, sondern ihn nur jeweils auf einen Bereicherungsanspruch nach erfolgter Verteilung beschränken und ihm hier jedesmal gegenüber dem Einwand der Rechtskraft nach § 145 II die replicatio doli geben zu wollen, wäre nur eine ungeheuere Belästigung und Erschwerung, wenn man überhaupt einmal gegenüber der Rechtskraft die exceptio doli generalis gibt.

§ 15. Die Einwirkungen der Konkursanfechtung auf das Aufrechnungsrecht.

Die Beziehungen des aufrechnungsberechtigten Gläubigers zum Anfechtungsrecht kommen auf die Frage hinaus, ob er Partei im Anfechtungsprozeß sein kann:

A. Er kann es sein als Anfechtungsgegner — beklagte Partei,

B. er ist auch Partei als Teil der Konkursgläubigerschaft in den Anfechtungsprozessen des Konkursverwalters.

Zu A: Es fragt sich also, inwieweit die Aufrechnung der konkursmäßigen Anfechtung unterliegt. Die gemäß § 53 KO. durch den Gläubiger im Konkursverfahren abgegebene Aufrechnungserklärung ist nicht anfechtbar; das ergibt schon die Tatsache, daß die anzufechtende Rechtshandlung vor der Konkurseröffnung vorgenommen werden muß. § 29 KO. (Die Ausnahme des § 42 hat hierher keinen Bezug.)

Schwieriger ist die Frage der Anwendbarkeit des § 30 Ziff. 1 Fall 2 und Ziff. 2 auf eine vor Konkurseröffnung durch den Gläubiger oder den späteren Gemeinschuldner erklärte Aufrechnung. Die in der Zeit der Krisis in Kenntnis des Gläubigers von ihr, einerlei von welchem der beiden Teile erklärte Aufrechnung stellt sich als Befriedigung des Konkursgläubigers dar. (Kongruente Deckung Ziff. 1 Fall 2.)

Ebenso ist die in den letzten 10 Tagen vor der Krisis oder in der Krisis erklärte Aufrechnung eine Befriedigung, die der Gläubiger nicht in der Art zu beanspruchen hat (inkongruente Deckung Ziff. 2). Da auch der Fall der Ziff. 2 eine Rechtshandlung des

Gemeinschuldners nicht voraussetzt, ist bei einer durch den Gläubiger erklärten Aufrechnung die Möglichkeit der Begünstigungsabsicht des späteren Gemeinschuldners nicht ausgeschlossen. Es ist jedoch trotz des Vorliegens sämtlicher spezieller Tatbestandsmerkmale der besonderen Konkursanfechtung (die §§ 31/32 kommen ohnehin nicht in Betracht) die Anfechtung deshalb ausgeschlossen, weil es an dem Grunderfordernis einer auch nur mittelbaren Benachteiligung der Konkursgläubiger fehlt. Die Benachteiligung, die als eine bloß mittelbare erst zur Zeit der möglichen Anfechtung, also nur während des Konkurses, vorzuliegen bräuchte, könnte hier nach Lage der Sache nur in einer Verringerung der Aktiven der Konkursmasse bestehen. Eine solche liegt aber effektiv nicht vor. Zwar ist die Aktivforderung nicht auf Prozente beschränkt und deshalb die Passivforderung voll getilgt und nicht zur Masse eingezahlt. Dieselbe Wirkung träte aber auch ein, wenn die Aufrechnung erst nach Konkurseröffnung (also unanfechtbar) erklärt würde. § 53 KO. Ein Grund, die vor Konkurseröffnung erklärte Aufrechnung in dieser Hinsicht schlechter zu stellen als die nach Konkurseröffnung erfolgte, ist schlechterdings nicht einzusehen, znmal das sonst sich ergebende Resultat widersinnig wäre.

Demnach muß die Aufrechnungserklärung als solche für unanfechtbar erachtet werden, falls die gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen im maßgebenden Zeitpunkt vorhanden waren. Denn man kann nicht bloß die gesetzliche Wirkung eines Rechtsgeschäfts (wodurch Forderung oder Schuld entstanden sind) anfechten, das Rechtsgeschäft selbst aber unangefochten lassen.[1])

---

[1]) So auch Jaeger § 53 Anm. 25, wenn auch mit anderer Begründung. RG. Bd. 26 S. 83, 84: „Von einer Anfechtung lediglich der Aufrechnung bei Nichtanfechtung des Rechtsgeschäfts, welches die Schuld des bisherigen Gläubigers . . . begründet hat, kann nur die Rede sein, wenn neben dem Hauptgeschäft zugleich ein Kompensationsabkommen getroffen ist, so daß dieses angefochten werden kann." Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII S. 335, Bd. X S. 210 ff. betreffen die preußische Konkursordnung, die andere Bestimmungen in diesem Punkt hatte.

Dagegen kann anfechtbar sein das Rechtsgeschäft, aus dem die Aktivforderung entstanden ist (§ 30 Ziff. 1 Fall 1 oder § 31 1, 2), sowie das Rechtsgeschäft, aus dem die Passivforderung entstanden ist. Ebenso können der Anfechtung unterliegen an sich zulässige Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem späteren Gemeinschuldner, die die Aufrechnungsvoraussetzungen erleichtern, d. h. die Möglichkeit einer nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht zulässigen Aufrechnung schaffen. Verstoßen diese Vereinbarungen gegen jus cogens, z. B. gegen die Bestimmungen des § 55 KO.,[2]) so sind sie ipso jure unwirksam und es bedarf keiner Anfechtung mehr.

Im einzelnen gestaltet sich die Rechtslage verschieden, je nach der Forderung, deren zugrund liegendes Rechtsgeschäft angefochten wird.

I. Anfechtung des Rechtsgeschäfts, aus dem die Aktivforderung entstanden ist.[3])

Beispiel: Der Gemeinschuldner B hat zu übersetztem Preis in der Krisis Waren des A gekauft und dieselben noch nicht bezahlt. Vor Konkurseröffnung rechnet A mit dieser Kaufpreisforderung an B gegen seine Darlehensschuld an B auf. Der Konkursverwalter ficht nun dieses Kaufgeschäft im Weg der Klage an. Sein Klagantrag auf „Rückgewähr" muß, da es sich um Eingehung einer Verbindlichkeit des Gemeinschuldners handelt, die noch nicht von diesem bezahlt ist, auf Befreiung von derselben gerichtet sein. A seinerseits hat das Recht, seine Gegenleistung aus der Masse zurückzuverlangen, soweit diese noch um sie bereichert ist, oder sie sich noch in natura in der Masse befindet, und zwar als Masseschuld nach § 59 3 KO. Darüber hinaus hat er nur einen Anspruch als Konkursforderung. Allein es fragt sich: Welche Rechts-

[2]) Diese sind nach den Motiven zur KO. S. 228 III zwingend. Daher kann der Schuldner vor Konkurseröffnung ebensowenig wie der Konkursverwalter nach Konkurseröffnung gegen die Bestimmungen des § 55 vertragsmäßig ein Aufrechnungsrecht, d. h. ein Recht durch einseitige Erklärung nach § 388 BGB. aufzurechnen, einräumen (RG. Bd. 33 S. 48, Bd. 40 S. 125). Ein solcher Vertrag ist nichtig. Jaeger § 55 Anm. 2, Rehbein S. 331 III.

[3]) Hierher gehört der Fall in RG. Bd. 26 S. 81 ff.

stellung hat dann die Passivforderung? Durch die Aufrechnungserklärung wurde sie getilgt. Allein da die Kaufpreisforderung als Masseschuld bezw. als Konkursforderung nach § 38 im Konkurs geltend gemacht werden kann, ist der Aufrechnende auf Kosten der Masse grundlos bereichert, und muß daher den ganzen Betrag seiner Darlehensschuld, die Konkursmasseaktivum bildet, an diese einzahlen.

II. Anfechtung des Rechtsgeschäfts, aus dem die Passivforderung entstanden ist.[4])

Beispiel: Der Gemeinschuldner B hat zu Schleuderpreisen an A verkauft, geliefert und seine Kaufpreisforderung an A noch nicht eingezogen. A rechnet mit einer Darlehensforderung an B gegen seine Kaufpreisschuld auf. Der Klagantrag des Verwalters geht auf Rückgewähr der verkauften Ware, genauer auf Abschluß des Rückübereignungsvertrags, also auf Abgabe der Einigungserklärung (§ 929 BGB. § 894 ZPO.), bezw. auf Wertersatz, und zwar kann der Antrag auf Wertersatz als ursprünglicher Klagantrag gestellt werden oder erst im Lauf des Prozesses durch Antragumstellung, je nachdem die Ware schon vor oder nach Prozeßbeginn in natura nicht mehr vorhanden ist. Die Kaufpreisforderung der Masse, die, um überhaupt aufgerechnet werden zu können, noch nicht vom Gemeinschuldner eingezogen worden sein darf, besteht weiter. Sie ist die Gegenleistung, die A aus der Masse zurückverlangen kann. Um ihren Wert ist die Masse bereichert, sie wäre also ganz zu restituieren. Jedoch sind diese Bestimmungen der Lage der Sache nach nicht anzuwenden. Das Rechtsverhältnis ist vielmehr folgendes:

Der Aufrechnungsvollzug behält in diesem Fall seine Wirkung, Darlehensschuld des Kridars und Kaufpreisforderung desselben bleiben getilgt. Die die Gläubiger benachteiligende Wirkung des Geschäfts, aus dem die Passivforderung entstanden ist, ist ja dadurch beseitigt, daß der Aufrechnende das, was er aus diesem Geschäft bekommen hat, nach § 38 KO. zur Masse zurückgewähren muß.

---

[4]) Hierher gehörte an sich der Fall in Seufferts Archiv Bd. 55 Nr. 252, wenn nicht nach dem Tatbestand ein Aufrechnungsvertrag vorläge. Die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 10 S. 209 ff. gehört hierher.

Ist die Ware noch nicht geliefert, so geht der Klagantrag auf Befreiung von der Lieferungspflicht, also wieder auf Aufhebung einer Forderung, nicht auf Aufhebung des ganzen Kaufvertrags. Denn nur die Pflicht zur Lieferung kann als das bezeichnet werden, was durch das anfechtbare Rechtsgeschäft aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggekommen ist. Die Kaufpreisschuld des Gläubigers ist seine Gegenleistung. Sie bleibt bestehen, bezw. die durch die Aufrechnung zwischen ihr und der Darlehensforderung eingetretene Tilgung bleibt. Die benachteiligende Wirkung des Rechtsgeschäfts ist dadurch beseitigt, daß die Konkursmasse nichts zu liefern braucht.

III. Anfechtung einer die Aufrechnung ermöglichenden Parteivereinbarung.

Eine solche Vereinbarung kann die Aufrechnungsmöglichkeit schaffen für nicht fällige, einredebehaftete, nicht erzwingbare Aktivforderungen.[5]) Die Vereinbarung muß aber immer die Gläubiger benachteiligen. Daher kann eine solche Vereinbarung allein nicht angefochten werden, wenn die gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen gegeben waren, da dann jeder Teil das Recht der einseitigen Aufrechnungserklärung nach den §§ 387 ff. BGB. hat.[6])

1. Im einzelnen kommt es auf die juristische Gestaltung der Vereinbarung an.

a) Haben der Gläubiger und der spätere Gemeinschuldner einen Aufrechnungsvertrag abgeschlossen, d. h. vertragsmäßig die gegenseitige Aufhebung ihrer Forderungen vereinbart, so liegt eine Aufrechnung nach den §§ 387 ff. BGB. überhaupt nicht vor. Der Aufhebungsvertrag als solcher unterliegt der Anfechtung, nicht erst das Rechtsgeschäft, aus dem die eine oder andere Forderung entstanden ist.[7]) Der Klagantrag geht auf Wiederherstellung der

---

[5]) Vgl. Jaeger § 53 Anm. 25.

[6]) Vgl. die angeführte Entscheidung in Seufferts Archiv S. 486 oben.

[7]) Natürlich kann sich die Anfechtung auch gegen dieses Rechtsgeschäft richten, wenn bei ihm die Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind. Dann gilt das unter I und II Gesagte für den Klagantrag 2c. Dieser Fall lag

Passivforderung (des Gemeinschuldners an den Gläubiger) bezw. wenn diese auf Geld gerichtet ist und fällig war, direkt auf Zahlung.[8]) Die Aktivforderung des Gläubigers an den Gemeinschuldner, in deren vertragsmäßiger Aufgabe dessen Gegenleistung bestand, lebt nach § 39 KO. ex tunc in ihrer ursprünglichen Gestaltung, also z. B. mit der Einrede behaftet, oder nicht erzwingbar wieder auf.

b) Geht die Vereinbarung dahin, daß dem Gläubiger die Aufrechnung mit einer an sich nicht aufrechenbaren, z. B. unerzwingbaren Forderung ermöglicht werde, daß aber zum Aufrechnungsvollzug erst noch die Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB. nötig ist, so unterliegt nicht die Aufrechnungserklärung, sondern die Vereinbarung als die benachteiligende Rechtshandlung der Anfechtung.

Der Klagantrag geht auch hier wieder auf Zahlung der Passivforderung zur Masse bezw. Wiederherstellung derselben (wie unter a). Jedoch kann hier von einem Wiederaufleben der Aktivforderung nach § 39 KO. keine Rede sein. Denn die Gegenleistung des Gläubigers bei dem angefochtenen Geschäft bestand ja nicht in der Aufgabe seiner Forderung. Ihr Erlöschen ist erst Folge der Aufrechnungserklärung. Dadurch, daß er infolge der Anfechtung seine Schuld zur Masse zahlen muß, ist diese grundlos bereichert um den Betrag der Dividenden, die auf seine Forderung entfallen wären, wenn sie sich am Konkurs beteiligt hätte. Diesen Betrag kann er als Masseschuld nach § 59 Ziff. 3 verlangen. War jedoch seine Forderung eine solche, die sich am Konkurs überhaupt nicht hätte beteiligen können, so liegt auch eine Bereicherung der Masse um ersparte Dividenden nicht vor und er hat dann keinen Anspruch nach § 59 Ziff. 3. In diesem Fall wäre höchstens der Kridar bereichert — soweit nicht die Natur der Forderung z. B. Unerzwingbarkeit, die Bereicherungsmöglichkeit überhaupt ausschließt — und er müßte dann gegen diesen persönlich — nicht gegen den Konkursverwalter — auf Wiederherstellung seiner Forderung klagen.

---

der Entscheidung in Seufferts Archiv zugrunde, obwohl die Parteien einen Aufrechnungsvertrag miteinander geschlossen hatten.

[8]) Jaeger § 37 Anm. 3.

2. In den Fällen unter a und b ist Grundfrage immer die, ob durch die Vereinbarung die Gläubiger benachteiligt worden sind.

Weil eine solche Benachteiligung fehlt, scheiden aus die Fälle

a) daß die vor Konkurseröffnung getroffene Vereinbarung trotz Fehlens eines der Erfordernisse, von denen im Konkurs nach § 54 KO. abgesehen wird, die Aufrechnung zuließ. Denn nach § 54 tritt in diesem Fall infolge der Konkurseröffnung die gesetzliche Möglichkeit der Aufrechnung ein und demnach ist die Masse durch die vor Konkurseröffnung geschehene Aufrechnung nicht benachteiligt, da der Aufrechnende durch die Konkurseröffnung das gesetzliche Recht zur Aufrechnung erworben hätte;

b) die an sich wohl selten vorkommenden Fälle, daß die Passivforderung nicht zu den Masseaktiven gehört, z. B. unpfändbare Forderung ist. § 1 III KO. (§ 394 BGB. schließt ja die Zulässigkeit von Aufrechnungsverträgen nicht aus). Denn in diesem Fall sind die Gläubiger nicht benachteiligt, sondern die Masse erspart umgekehrt Dividende und büßt kein Masseaktivum ein.

Zu b. Eine Frage von mehr oder weniger theoretischem Interesse ist die, welche Stellung der aufrechnungsberechtigte Gläubiger in den Anfechtungsprozessen des Konkursverwalters hat.

Partei ist in der Hauptsache die Gesamtheit der Konkursgläubiger, vertreten durch den Konkursverwalter.[9]) Da der aufrechnungsberechtigte Gläubiger Konkursgläubiger ist, ist er Teil der Prozeßpartei (vor erklärter Aufrechnung natürlich). Trotzdem aber ist er zeugnisfähig, da der Konkursverwalter den Parteieid leistet.[10]) Nach erklärter und von keiner Seite beanstandeter Aufrechnung fällt er selbstverständlich als Partei weg (analog wie ein ausscheidendes Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft während Schwebens eines Prozesses der offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma). Selbstverständlich fehlt ihm dann jedes rechtliche Interesse an einer Nebenintervention. Dagegen hat er noch ein rechtliches Interesse

---

[9]) Jaeger § 36 KO. Anm. 4 ff.

[10]) Jaeger § 36 Anm. 6, Seuffert vor § 373 ZPO. S. 550 oben. Auch kann er Nebenintervenient sein. Jaeger Anm. 8.

an der Nebenintervention, solang der Verwalter die Wirksamkeit der erklärten Aufrechnung nicht anerkennt und hierüber ein Prozeß schwebt. Denn solang ist unentschieden, ob er auf prozentuale Teilnahme an der Masse angewiesen ist, und vom Anfechtungsprozeß hängt ab, ob diese Prozente geringere oder größere sind.

Dagegen kann seine Parteieigenschaft nicht in der Schwebe sein. Denn wenn die Aufrechnung bestritten wird wegen Nichtbestehens seiner Forderung, so war er eben nie Konkursgläubiger und also nie Partei. Bestreiten der Aufrechnung aus anderen Gründen aber greift seine Konkursgläubigereigenschaft nicht an.

§ 16. Das Stimmrecht des aufrechnungsberechtigten Gläubigers und die übrigen Folgerungen aus seiner rechtlichen Stellung.

I. a) Das Stimmrecht des aufrechnungsberechtigten Gläubigers in der Gläubigerversammlung kann natürlich nur in Betracht kommen, wenn er (ohne Verzicht auf sein Aufrechnungsrecht) seine Forderung angemeldet hat.

Sein Stimmrecht bemißt sich nach § 95 I und II KO., nicht nach § 96.[1])

Rechnet er später auf, so fällt natürlich auch sein Stimmrecht wieder weg. Jedoch sind trotz der Rückwirkung des § 389 BGB. die unter seiner Mitwirkung gefaßten Beschlüsse nicht deshalb hinfällig, wenn auch z. B. die Majorität nur durch seine Stimme bezw. Summe gegeben war. Denn die Rückwirkung hat nur materiellrechtliche, nicht aber prozessuale Bedeutung.

b) Ebenso kann er Mitglied des provisorischen Gläubigerausschusses nach § 87 I KO. sein und hat aktives und passives Wahlrecht zum definitiven Gläubigerausschuß. Sein passives Wahlrecht hängt überhaupt nicht davon ab, ob er seine Forderung angemeldet hat oder nicht (arg. § 87 II Satz 3 KO.).

II. Im übrigen gelten für den aufrechnungsberechtigten Konkursgläubiger sowohl alle die Bestimmungen der KO., die für die

[1]) Wie Kohler, Lehrbuch S. 319 Anm. 4 und 394 unter Anwendung der Bestimmungen für bedingte Forderungen meint.

Konkursgläubiger gelten, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, z. B. die Beschränkung des § 14 KO.,[2]) als auch, wenn er sich am Verfahren beteiligt hat, die Bestimmungen, die eine Beteiligung am Verfahren voraussetzen.[3]) Er hat das Antragsrecht auf Konkurseröffnung, § 103 KO., das Recht der Anmeldung und des Widerspruchs nach zugelassener Anmeldung — nicht erst Feststellung — seiner Forderung nach § 144 oder § 158 KO.[4])

Mit erklärter Aufrechnung fallen alle diese Rechte weg. Jedoch wird damit, wie schon oben unter I a ausgeführt ist, die Wirkung der prozeßrechtlichen Handlungen, die er bisher vorgenommen hat, nicht wieder rückgängig gemacht. Z. B. ein von ihm erhobener Widerspruch gegen eine nicht titulierte Forderung gilt, falls er nicht später zurückgezogen wird, was auch noch nach dem Termin zulässig ist,[5]) im Fall der Aufrechnung nicht als nicht erhoben; der Gläubiger ist in diesem Fall nicht von dem Weg des Feststellungsprozesses befreit und ein bereits anhängiger Feststellungsprozeß ist in der Hauptsache, nicht nur bezüglich der Kosten, zu Ende zu führen.[6])

---

[2]) Vgl. hierzu RG. Bd. 54 S. 193.

[3]) Im einzelnen vgl. Fitting § 32, Kohler § 64.

[4]) Jaeger § 141 KO. Anm. 8.

[5]) Jaeger § 141 Anm. 10, Fitting S. 138, Oetker I S. 367, Sarwey-Bossert § 144 Anm. 5.

[6]) Anderer Ansicht Fitting § 12 Anm. 9 und 10, der den Widerspruch mit der späteren Aufrechnung von selbst unwirksam werden läßt und nur für den Fall eine Ausnahme macht, daß auf Grund dieses Widerspruchs dem anderen vorher das Teilnahmerecht rechtskräftig aberkannt war. Ebenso Jaeger Anm. 8 für den letzteren Fall und den des Verzichts auf Forderung oder Teilnahmerecht. Oetker I S. 314: „der klagende Liquidant ist nunmehr in der Hauptsache klaglos gestellt, der Klage des Opponenten die Begründung entzogen". Seuffert S. 262 ff., Kohler, Lehrbuch S. 560 Nr. 1, S. 392 Anm. 2 und 3.

Der Unterschied der hier vertretenen von der herrschenden Ansicht kann Bedeutung gewinnen für die Frage, wie ein bereits anhängiger Feststellungsprozeß sich weiter abwickelt. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre muß der klagende Gläubiger, da er in der Hauptsache klaglos gestellt ist, den Antrag in der Hauptsache fallen lassen; hält er ihn aufrecht, so ist seine

III. Die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Bestimmungen der Konkursordnung auf den aufrechnungsberechtigten Gläubiger bietet

---

Klage auf Antrag des Widersprechenden kostenfällig abzuweisen (Prozeßurteil), da er infolge des Wegfalls des Widerspruchs kein rechtliches Interesse mehr an der Feststellung seines Teilnahmerechts hat. Erklären dagegen beide Parteien die Hauptsache für erledigt und beantragen Urteil nur im Kostenpunkt, so fragt es sich, wer die Kosten zu tragen hat. Nach dem für diesen Fall aufgestellten Prinzip (vgl. Seuffert zu § 91 ZPO.) ist dann zu untersuchen, wer die Kosten zu tragen gehabt hätte, wenn die Hauptsache nicht erledigt worden, d. h. der Widerspruch nicht weggefallen wäre. Es müßte dann geprüft werden, ob der Widerspruch begründet war oder nicht, ob der Kläger gesiegt hätte oder nicht und je nachdem müßten dann dem Beklagten oder dem Kläger die Kosten auferlegt werden.

Vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht aus kann der Kläger seinen Antrag in der Hauptsache aufrecht erhalten und ein obsiegendes Urteil erlangen. Allerdings nützt ihm dasselbe gegenüber den übrigen Gläubigern nicht mehr, wie jedes andere Urteil gegenüber einem Widersprechenden. Erst wenn der Beklagte den Widerspruch ausdrücklich zurücknimmt, muß der Kläger, falls er nicht kostenfällig abgewiesen werden will, den Antrag in der Hauptsache fallen lassen; bezüglich des Urteils im Kostenpunkt gilt dann auch hier das oben Gesagte. Demnach ist der praktische Unterschied beider Ansichten gering. Allein der Kläger ist nach unserer Ansicht doch besser daran. Er ist nicht genötigt, sich zu vergewissern, ob der Beklagte aufgerechnet hat oder nicht; das kann ihm auch sehr schwer fallen, wenn er von der Gegenforderung desselben gar nichts weiß (Regelfall). Ließe der Kläger allein seinen Klagantrag fallen, beharrte der Beklagte dagegen auf seinem klagabweisenden Antrag, so wäre die Folge, daß nach der gegnerischen Ansicht die Klage kostenfällig abgewiesen werden müßte, da ja tatsächlich infolge des Wegfalls des Widerspruchs dieser Antrag gerechtfertigt wäre. Dieses Resultat wäre um so unbilliger, da es ja gar nicht in der Macht des Klägers steht und er nichts dafür kann, daß der einmal wirksam erhobene Widerspruch später von selbst wieder wegfällt. Der Beklagte hätte es hier also in der Hand, durch Aufrechterhaltung seines Klagantrags dem Kläger, der seinen Antrag fallen läßt, die Kosten des Rechtsstreits zu überbürden.

Nach unserer Ansicht ist in diesem Fall die Rechtslage eine andere. Da der Widerspruch weiter wirkt und nicht von selbst wegfällt, braucht der Kläger seinen Antrag in der Hauptsache nicht fallen zu lassen und ist daher der Gefahr nicht ausgesetzt, daß ihm der Beklagte durch einen Antrag wie oben die Kosten überbürdet. Der Prozeß geht in der Hauptsache ruhig weiter und erst, wenn der Beklagte seinen Widerspruch zurückzieht, hat der Kläger

keine Besonderheit, was die Anwendung des § 243 oder die Bestimmungen der Teilnahme zu den Delikten der §§ 239—241 KO. auf ihn betrifft.

Fraglich erscheinen kann die Anwendung des § 242 Ziff. 2 KO., wonach bestraft wird, wer im Interesse eines Schuldners, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, oder um sich oder einem anderen Vermögensvorteile zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat, auf den Fall, daß ein Schuldner des Kridars eine erdichtete Forderung mit dessen Einverständnis aufrechnet, um später nach Konkursbeendigung dem Gemeinschuldner den Wert der sine causa bezw. überhaupt nicht getilgten Schuld an ihn ganz oder teilweise zu restituieren und so im letzteren Fall selbst einen Vorteil zu erhalten. Die Anwendung der Strafbestimmung des § 242 Ziff. 2 auf diesen Fall ist deshalb ausgeschlossen, weil § 242 Ziff. 2 die Geltendmachung einer erdichteten Forderung im Verfahren voraussetzt, nach § 53 KO. die Aufrechnung aber sich gerade außerhalb des Verfahrens und unabhängig von ihm vollzieht. Auch wenn sich über die Aufrechnung ein Prozeß gegen den Verwalter entspinnt, liegt eine Geltendmachung im Verfahren nicht vor, da der Aufrechnungsprozeß sich unabhängig vom Konkursverfahren vollzieht.

Eine Bestrafung des Schuldners kann hier nur nach § 263 RStrGB. eintreten. Der Schuldner des Gemeinschuldners spiegelt dem Konkursverwalter als dem über die Masse Verfügungsberechtigten ausdrücklich oder stillschweigend durch die Erklärung der Aufrechnung die falsche Tatsache vor, er habe gegen den Gemeinschuldner eine zur Aufrechnung berechtigende Forderung. Getäuscht

Veranlassung, seinen Antrag fallen zu lassen. Tut er es dann nicht, so geschieht das auf seine eigene Gefahr. Umgekehrt kann es aber in diesem Fall nicht vorkommen, daß der Beklagte trotz Zurückziehung seines Widerspruchs seinen alten Antrag aufrechterhält, denn das wäre ein Antrag, der mit seinem tatsächlichen Vorbringen im Widerspruch stünde und diesem Antrag würde nie stattgegeben.

wird dadurch der Konkursverwalter, denn es wird in ihm der Irrtum erregt, das sei wirklich der Fall und dadurch wird er veranlaßt, die Schuld des Schuldners nicht zur Konkursmasse zu ziehen. Die Absicht des Schuldners, sich selbst oder einem Dritten, nämlich dem Gemeinschuldner, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, liegt auch vor. (Rechtswidrig ist der Vermögensvorteil für den Gemeinschuldner deshalb, weil die Forderung zwar ihm zusteht, aber zugunsten der Konkursgläubiger vom Konkursbeschlag ergriffen ist.) Fraglich kann nur sein, ob und wessen Vermögen durch die falsche Vorspiegelung geschädigt worden ist. Eine Schädigung des Vermögens des Gemeinschuldners liegt nicht vor, weil sein Anspruch gegen den Schuldner genau wie vorher fortbesteht; abgesehen davon, wäre sie aber auch belanglos, da er und der Dritte, dem der Vorteil verschafft werden soll, identisch sind. Dagegen ist das Vermögen der Konkursgläubiger geschädigt. (Der Getäuschte und der Geschädigte brauchen ja nicht identisch zu sein.) Denn diese haben infolge der Konkurseröffnung einen Anspruch darauf, daß das ganze bei Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners zu ihrer ausschließlichen Befriedigung verwendet und dementsprechend alle Aktiven zur Masse gezogen werden. Dieser Anspruch wird dadurch geschmälert, daß der Verwalter infolge seines Irrtums die Forderung nicht zur Masse zieht, und dadurch ihre Dividende verringert wird. Dies ist als eine dem Gesetz genügende Vermögensschädigung zu erachten.

§ 17. Die Endigung des Aufrechnungsrechts; insbesondere die Wirkung des Zwangsvergleichs.

I. Von einem besonderen Beginn des Aufrechnungsrechts kann in den durch § 53 KO. getroffenen Fällen keine Rede sein, da durch § 53 nur der Fortbestand eines zur Zeit der Konkurseröffnung schon bestehenden Aufrechnungsrechts gewährleistet, nicht aber ein noch nicht vorhandenes Aufrechnungsrecht zur Entstehung gebracht wird.

II. Einer eingehenderen Darlegung bedarf die Endigung des durch § 53 aufrechterhaltenen Aufrechnungsrechts.

a) 1. Die allgemeinen Endigungsgründe des Aufrechnungsrechts ergeben sich aus dem in § 9 Gesagten. Darnach ist die Aufrechnung ausgeschlossen, ohne Konditionsmöglichkeit, wenn der Gläubiger seine Schuld freiwillig zur Masse gezahlt hat oder im Vollstreckungsweg zur Zahlung gezwungen worden ist. Im letzteren Fall, d. h. nur während das Vollstreckungsverfahren noch schwebt, kann er die schon vorher möglich gewesene Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz noch nachholen und dann Klage aus § 767 ZPO. erheben. Ebenso ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Aktivforderung erloschen ist, insbesondere durch Erfüllung. § 362 BGB. Da aber — abgesehen vom Zwangsvergleich — die konkursmäßige Befriedigung die Forderung immer nur zum Teil zum Erlöschen bringt, so bleibt immer ein noch ungetilgter Rest übrig, den der Gläubiger auch nach Konkursende gegen neue Forderungen des früheren Gemeinschuldners an ihn aufrechnen kann.

2. Hat der Gläubiger vor Konkurseröffnung durch Vertrag mit dem späteren Gemeinschuldner auf sein Aufrechnungsrecht verzichtet — der Anfechtung unterliegt ein solcher Vertrag nie, weil er die Gläubiger nicht benachteiligt, vielmehr umgekehrt bewirkt, daß die Teilungsmasse größer ist, als wenn aufgerechnet werden könnte — so ist damit auch für den Konkurs eine Aufrechnung von seiner Seite ausgeschlossen. Eine trotz des Verzichtes erklärte Aufrechnung ist wirkungslos. Daß ein solcher Verzicht nur dann im Konkurs des Aufrechnungsgegners wirke, wenn er auch für diesen Fall gewollt war, daß dies letztere aber im Zweifel nicht angenommen werden könne (so die herrschende Lehre),[1]) kann in dieser Fassung nicht als richtig anerkannt werden. Den Parteien bleibt es zwar unbenommen, den Verzichtvertrag so zu schließen, daß er für den Fall des Konkurses eines Teils nicht gilt. Allein liegt ein Verzichtvertrag ohne diese Einschränkung vor, so widerspricht es den Grundsätzen der Auslegung, zu sagen, im Zweifel könne nicht an-

[1]) Jaeger § 53 Anm. 12, Kohler, Lehrbuch S. 129 Anm. 2, Schollmeyer § 391 3 Abs. I a. E. Rehbein S. 329 stellt es auf den konkreten Parteiwillen ab.

genommen werden, daß ein solcher Vertrag für den Fall des Konkurses gelten solle. Haben die Parteien einen Verzicht abgeschlossen, ohne ihn ausdrücklich einzuschränken, so ist er eben für jeden Fall gewollt. Der irrtümliche Ausgangspunkt der herrschenden Lehre liegt schon in dem Satz, daß der Verzicht nur wirke, wenn er für den Fall des Konkurses gewollt sei, daß also — denn das besagt dieser Satz — wenn im Vertrag nichts hierüber stehe, er für diesen Fall nicht gewollt sei. Das ist aber falsch. Denn die Parteien brauchen im Vertrag nicht zu sagen, daß, wenn sie eine Ausnahme für bestimmte Fälle nicht ausschließen, diese Ausnahme gelten solle; sondern sie brauchen umgekehrt nur dann über die Ausnahme etwas zu sagen, wenn sie eintreten soll. Sagen sie über die Ausnahme nichts, so tritt sie eben auch nicht ein.[2]) Wenn gesagt wird, im Zweifel sei nicht anzunehmen, daß ein erklärter Verzicht auch für den Konkurs gewollt sei, so ist das nicht eine Interpretation eines

---

[2]) Wie hier Völderndorff I S. 568 Anm. 13, wenn auch ohne Begründung, und Sarwey-Bossert § 54 Bem. 2 Nr. 6. Auch das Reichsgericht, J. W. 1905 S. 346 und Bd. 60 S. 356, stellt den Satz auf, daß rechtlich an sich davon auszugehen sei, daß ein ohne Beschränkung vereinbarter Verzicht auf die Aufrechnung auch unbeschränkte Wirkung habe. Wenn es darnach also die Rechtsvermutung nicht anerkennt, daß der Ausschluß der Aufrechnung im Konkurs nur wirksam sei, wenn besonders geartete Umstände nachgewiesen würden, aus denen dies folge, so kommt es unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Parteien häufig bei solchen Vereinbarungen den Konkursfall nicht in Betracht ziehen und daß dieser eine wesentliche Veränderung der zur Zeit der Vereinbarung bestehenden und für diese in der Regel maßgeblichen Verhältnisse herbeizuführen pflegt, doch dazu, eine genaue Prüfung der Frage als geboten erscheinen zu lassen, ob die Parteien die Vereinbarung nicht für diesen Fall, wenn sie ihn bedacht hätten, ausgeschlossen haben würden, und ob sie daher nicht nach Treu und Glauben für diesen Fall als ausgeschlossen zu gelten habe. Bei abstraktem Verzicht — ohne Rücksicht auf bestehende Gegenforderungen — werde das in der Regel zutreffen.

Gegen diese Darlegung gilt ebenso das im Text Gesagte. Auch mit der Berufung auf Treu und Glauben kann man eine Ausnahme, die bei Kenntnis der Sachlage gemacht worden wäre, tatsächlich aber eben nicht vereinbart worden ist, nicht als Vertragsbestandteil ansehen.

vorhandenen, sondern ein Hineinlegen eines nicht vorhandenen Parteiwillens in die rechtlich erheblich erklärte Parteivereinbarung.

Hier ist im Zusammenhang noch einmal darauf hinzuweisen, daß, wie schon im § 14 II dargelegt ist, in der Anmeldung der Forderung zum Konkurs ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht nicht erblickt werden kann. Juristisch kann das, abgesehen von den oben angeführten Gründen, damit begründet werden, daß die Anmeldung ein rein einseitiger Akt gegenüber dem Konkursgericht ist, während der Verzicht auf das Aufrechnungsrecht einen Vertrag erfordert und als solcher nur wirksam ist, wenn er gegenüber dem Verwalter erklärt und von diesem ausdrücklich oder stillschweigend angenommen wurde. Alle diese Momente fehlen aber bei der Anmeldung.[3])

Aus demselben Grund kann die konkursmäßige Feststellung als solche die Aufrechnung nicht ausschließen, denn auch hier fehlt jeder Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Verzichtsvertrags.

Dieser Gesichtspunkt läßt sich allerdings nicht verwenden für die Frage, ob in der Annahme von Teilzahlungen ein Verzicht zu erblicken ist oder nicht. Denn das Erfordernis des Vertrags ist in dem zur Leistung der Konkursdividende zwischen dem Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners und dem Gläubiger abzuschließenden Erfüllungsvertrag[4]) gegeben. Allein in dem rechtlich erheblich geäußerten Willen der beiden Parteien kann ein solcher Verzicht an sich nicht gefunden werden, insbesondere für den Fall, daß der Gläubiger seine Schuld noch nicht kannte (z. B. eine Schuld seines Erblassers). Es hieße etwas in den Willen der Parteien hineinlegen, was sie nicht beabsichtigt haben, falls man da einen Verzicht annehmen wollte. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß im konkreten Fall sich aus der Absicht der Parteien bei ihrem rechtserheblich vorgenommenen Handeln nicht ein Verzicht ergeben könne.

---

3) Diesen Gesichtspunkt kann man schon aus den Motiven zur KO. S. 228 Abs. IV entnehmen: „vertragsmäßige Entsagungen einer nach den allgemeinen Gesetzen gewährten Befugnis“.

4) Vgl. Motive zum BGB. Bd. II S. 81, Planck zu § 362 BGB. 2 c. Schollmeyer vor § 362 etwas anders.

Welcher Gesichtspunkt noch dafür spricht, daß nach Empfang einer Rate mit dem ungedeckten Rest noch aufgerechnet werden kann, ist oben § 14 II Note 10 dargelegt. Wie aber auch hier die Parteien vereinbaren können, daß eine Aufrechnung mit dem ungedeckten Rest ausgeschlossen sein solle, oder wie sie überhaupt die Restforderung aufheben können, so kommt es auch für die Frage, ob die Annahme der Zwangsvergleichsrate eine Tilgung des Restes der Forderung enthält und dadurch die Aufrechnung wegen Fehlens der Aktivforderung unmöglich geworden ist, auf die rechtlich erheblich geäußerte Parteiabsicht bei Abschluß des Zwangsvergleichsvertrags an (§§ 173, 182 KO., also bei der Annahme, nicht bei der Bestätigung). Hat der Zwangsvergleich den Erlaß der Restforderung zum Inhalt gehabt, so ist natürlich eine Aufrechnung mit diesem Rest ausgeschlossen. Enthält er aber nur eine Stundung und keinen Erlaß, so schließt er die Aufrechnung mit dem Rest nicht aus. Allein in diesem Fall ist gar nicht einzusehen, aus welchem Grund bei der Annahme der Zwangsvergleichsrate die Parteien darauf kommen sollen, die Aufrechnung mit dem durch den Zwangsvergleich bestehen gebliebenen Rest auszuschließen, wenn es ihnen natürlich auch unbenommen bleibt. Aus diesem Grund erscheint es nicht ganz richtig, bei Behandlung dieser Frage das Hauptgewicht auf den übereinstimmenden Parteiwillen bei Annahme der Vergleichsrate zu legen.[5]) Primär kommt es auf den objektiven Inhalt des Vergleichsvertrags an: die Frage ist eigentlich gar keine Frage des Verzichts auf das Aufrechnungsrecht.

b) Spezieller konkursrechtlicher Endigungsgrund des durch den § 53 KO. aufrecht erhaltenen Aufrechnungsrechts ist der Zwangsvergleich, der einen Teilerlaß zum Inhalt hat. Ein Zwangsvergleich mit anderem Inhalt kommt nicht in Betracht (z. B. bloße Stundung der Forderung).[6]) Hat ein nach § 53 KO.[7]) aufrech-

---

[5]) Jaeger § 53 Anm. 12; vgl. auch oben § 14 N. 8.

[6]) Dadurch kann höchstens die Fälligkeit der Forderung modifiziert werden.

[7]) Dasselbe gilt für die nach § 54 KO. aufrechnungsberechtigten Konkursgläubiger.

nungsberechtigter Gläubiger in dem Zeitpunkt, in dem der Bestätigungsbeschluß des Konkursgerichts rechtskräftig geworden ist, mit der ganzen Forderung noch nicht aufgerechnet, so wirkt der Zwangsvergleich auch auf seine Forderung ein, und er kann fortab, wenn es sich um einen Teilerlaß handelt, nur noch mit der nichterlassenen Restforderung aufrechnen. Der Zwangsvergleich wirkt also nicht auf das Aufrechnungsrecht als solches ein, sondern der aufgestellte Satz ist eine Folge der akzessorischen Natur des Aufrechnungsrechts, das nur insoweit bestehen bleiben kann, als die Forderung, zu deren Schutz es dient, nicht auf irgend eine Weise gültig erloschen ist.

Es fragt sich also, ob der Zwangsvergleich nach § 193 KO. auch gegen den aufrechnungsberechtigten Gläubiger wirkt.[8])

Die Frage muß entschieden bejaht werden: § 193 KO. erstreckt die Wirkung des Zwangsvergleichs für und gegen alle nicht-

---

[8]) Wie hier Petersen-Kleinfeller Anm. 6 vor § 53 KO., Sarwey-Bossert § 53 Anm. 7, Wilmowski S. 241 7 und § 53 Anm. 2 u. a. Anderer Ansicht Jaeger § 53 Anm. 28 und dort Angeführte, Fitting § 21 N. 34 wegen der Rückwirkung nach § 389 BGB., Motive zur KO. S. 228. Aus der neueren Rechtsprechung vgl. insbesondere Seufferts Archiv Bd. 58 S. 429 (OLG. Bamberg) mit den Gründen Jaegers aus der 1. Auflage — das folge zunächst aus § 53, demzufolge ein Gläubiger, soweit er im Konkurs aufzurechnen befugt ist, sich am Konkurs nicht zu beteiligen brauche, d. h. insoweit dem Schicksale der Konkursgläubiger entgehe, weiter aber auch aus der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung — und mit Anführung der Motive zu § 46 a. F. und der Entscheidung des RG. J. W. 1892 S. 363 Nr. 8 (diese Entscheidung behandelt die Frage aber gar nicht). Kohler, Lehrbuch S. 319 Anm. 3, weil er, soweit zur Aufrechnung befugt, nicht Konkursgläubiger sei; ebenso Völderndorff II S. 614, weil er im Prinzip aus der Reihe der Konkursgläubiger heraustrete. Schrutka S. 129/30 für das österreichische Recht vom Standpunkt der Theorie des Absonderungsrechtes aus. Unentschieden RG. vom 5. Januar 04 Bd. 56 S. 366: „demgemäß kann auf sich beruhen bleiben, ob nicht die rückwirkende Kraft der Aufrechnung nach § 389 BGB. in Verbindung mit § 54 KO. zur Folge haben muß, daß die volle Wirkung der Aufrechnung auch durch eine nachträglich durch Zwangsvergleich bewirkte rechtliche Herabminderung der einen Forderung nicht gehindert wird, sondern trotz derselben in vollem Umfang eintritt".

bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben am Konkursverfahren nicht teilgenommen haben. Danach kommt es also für den Kreis der Gläubiger, gegen die der Zwangsvergleich wirkt, nur darauf an, ob sie nichtbevorrechtigte Konkursgläubiger im Sinne der KO. sind. Daß der aufrechnungsberechtigte Gläubiger als solcher Konkursgläubiger ist bis zu dem Zeitpunkt, in dem er infolge der wirksam erklärten Aufrechnung überhaupt seine Gläubigereigenschaft verliert,[9]) ist im bisherigen bewiesen. Bevorrechtigter Konkursgläubiger ist er nicht, denn der Kreis dieser Personen wird in § 61 KO. erschöpfend aufgezählt. Danach muß er als nichtbevorrechtigter Konkursgläubiger gelten, und nach dem klaren Wortlaut des § 193 KO. reduziert demnach der Zwangserlaß auch die nach § 53 KO. aufrechenbare, noch nicht aufgerechnete Forderung. Da der durch den Zwangserlaß aufgehobene Teil der Forderung nur als unvollkommenes Schuldverhältnis fortbesteht, ist er nach dem in § 2 Dargelegten überhaupt nicht mehr aufrechenbar.

Diesem Ergebnis gegenüber machen die Gegner folgende Gegengründe geltend:

1. Jaeger (2. Auflage): „Der § 53 KO., demzufolge ein Gläubiger, soweit er im Konkurs aufzurechnen befugt ist, am Konkurs nicht teilzunehmen braucht, wolle im Gegensatz zu §§ 12 und 193 KO. besagen: Der aufrechnungsbefugte Konkursgläubiger dürfe im Vertrauen auf die in der Aufrechnungsmöglichkeit liegende Deckung dem Konkursverfahren fernbleiben, ohne für den Bereich dieser Deckung den Schicksalen der Konkursgläubiger zu verfallen." Der Wortlaut des § 193 KO. steht dieser Argumentation aber entgegen: Denn § 193 läßt den Zwangsvergleich eben ganz allgemein für und gegen alle nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger wirken, und es kann auch aus dem Beisatz „auch wenn sie am Verfahren

[9]) Sowohl für den Fall, daß er seine Forderung im Konkurs anmeldet, als auch dann, wenn er von seinem Anmelderecht keinen Gebrauch macht, da durch die Anmeldung seine Rechtsstellung in keiner Weise geändert wird und man ihm für den ersten Fall die Eigenschaft als Konkursgläubiger wohl kaum bestreiten werden wird.

oder der Beschlußfassung über den Vergleich nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben“ nichts gegen unsere Ansicht gefolgert werden. Denn dieser Beisatz will nur den Kreis der betroffenen Personen objektiv begrenzen und verhindern, daß auf Grund der Vertragsnatur des Zwangsvergleichs, die ja auch die Motive zur KO. vertreten, solche Konkursgläubiger, die sich gar nicht oder in einem dem Vorschlag widersprechenden Sinn beteiligt haben, sich darauf berufen, an dem Vertrag nicht beteiligt und demnach durch ihn nicht gebunden zu sein. Nicht aber nimmt er den aufrechnungsberechtigten Konkursgläubiger von seiner Wirkung aus; denn das kann er gar nicht, da er sich sonst selbst widersprechen würde, da dieser Konkursgläubiger ist und der Vergleich gegen alle nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger wirken soll.

Einen Schritt weiter gehen Kohler und Völderndorff, indem sie behaupten, der aufrechnungsberechtigte Gläubiger trete aus der Reihe der Konkursgläubiger heraus (Völderndorff) oder er sei nicht Konkursgläubiger, sofern und soweit er Kompensationsgläubiger sei (Kohler). Daß diese Anschauung falsch ist, ist im bisherigen des öfteren dargelegt und es erübrigt sich demnach, auf dieses Argument noch weiter einzugehen.

2. Ein zweites Argument, auf das sich Fitting stützt, und das das Oberlandesgericht Bamberg und das Reichsgericht in den angeführten Entscheidungen bringen, ist die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung nach § 389 BGB. Widerspruchsvoll ist bei diesem zweiten Argument nun von vornherein die Beziehung, in die es von denjenigen, die beide Argumente nebeneinander gebrauchen,[10]) zu dem ersten Argument gesetzt wird. Denn ist der erste Grund, daß § 193 KO. für den aufrechnungsberechtigten Gläubiger nicht gelte, richtig, so braucht es die Rückwirkung des § 389 BGB. nicht, um das zu beweisen. Ist aber der erste Grund falsch, d. h. gilt § 193, so kann auch die Anwendung des § 389 BGB. nicht dazu helfen, daß die Forderung nach rechtskräftigem

[10]) So die 1. Auflage Jaegers und die Entscheidung des OLG. Bamberg.

Zwangserlaß in voller Höhe aufgerechnet werden kann.[11]) Denn wie schon im ersten Abschnitt betont ist, enthält die Rückwirkung eine verstärkte Wirkung, setzt also voraus, daß in dem Moment der Aufrechnungserklärung noch alle Voraussetzungen vorhanden sind, damit diese Wirkung überhaupt eintreten kann. Die Rückwirkung betrifft aber nicht die Voraussetzungen des Aufrechnungsrechts und sie ermöglicht nicht, durch die Fiktion der Rückwirkung auf eine Zeit, in der die Aufrechnungsvoraussetzungen alle gegeben waren, das Fehlen derselben in dem Zeitpunkt, in dem die Aufrechnung erklärt wird, zu ersetzen. Infolge der Geltung des § 193 KO. ist aber gerade mit dem erlassenen Teil der Forderung auch das Aufrechnungsrecht insoweit weggefallen und eine nach Erlöschen der Forderung erklärte Aufrechnung hat keine Bedeutung.

Die Anwendung des § 389 BGB. zur Entscheidung der hier behandelten Frage ist also eine petitio principii. Man folgert aus der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung das Fortbestehen der aufrechenbaren Forderung und des Aufrechnungsrechts trotz des Zwangserlasses, obwohl die Voraussetzung der Wirkung und damit auch der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung ist, daß die aufgerechnete Forderung im Moment der Aufrechnungserklärung überhaupt noch besteht; man setzt also, um zu beweisen, das als gegeben voraus, was man erst noch beweisen muß. Entscheidend ist allein die Frage, ob § 193 KO. Geltung hat, und diese ist zu bejahen.

Kurz sei hier auf den historischen Grund der gegnerischen Ansicht hingewiesen. Sie hängt zusammen mit der alten gemeinrechtlichen Theorie des ipso jure compensari, d. h. der Theorie, die die Forderungen als im Moment des kompensablen Gegenübertretens von selbst erloschen ansieht und der Aufrechnungserklärung nur eine deklaratorische Bedeutung beimißt. Von diesem Standpunkt aus kann allerdings der Zwangserlaß die aufrechenbare For-

---

[11]) Das Folgende gilt auch gegen diejenigen, die sich nur auf § 389 BGB. stützen. Denn auch sie umgehen den springenden Punkt, die Frage der Geltung des § 193 KO.

derung nicht angreifen, aber allein aus dem Grund, weil sie zu der Zeit, in der der Zwangsvergleich rechtskräftig geworden ist, schon längst erloschen ist, da die Aufrechenbarkeit und damit das Erlöschen der Forderungen in allen diesen Fällen spätestens zur Zeit der Konkurseröffnung eingetreten ist. § 53 KO. Zu derselben Ansicht mußte auch die Theorie kommen, die das ipso jure compensari auffaßt als Tilgung im Moment des kompensablen Gegenübertretens unter der Bedingung der Aufrechnungserklärung. Denn infolge der gemeinrechtlichen dinglichen Rückwirkung des Bedingungseintritts gilt dann die Aufrechnungswirkung, d. h. die Tilgung der Forderung schon vor Abschluß des Zwangsvergleichs als eingetreten.

Methodisch nicht richtig erscheint es jedenfalls, eine Entscheidung, wie die in Striethorsts Archiv Bd. 83 Nr. 60 zitierte, die an der Hand der längst überwundenen ipso jure compensari-Theorie zu dem Resultat kommt, daß der Zwangsvergleich auf die aufrechenbare Forderung nicht wirke,[12]) jetzt noch für die Frage, bei der jetzt eine ganz andere Aufrechnungstheorie maßgebend ist, anzuführen.[13])

Daß die durch § 55 KO. von der Aufrechnung ausgeschlossenen Forderungen, soweit sie überhaupt Konkursforderungen sind, z. B. § 55 1 Fall 1, § 55 2 (Erwerb einer Konkursforderung eines anderen), § 55 3, durch den Zwangsvergleich als Zwangserlaß reduziert werden, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 2. Dezember 1881 zu Mainz, besuchte daselbst von meinem 6. Lebensjahre an die Vorschule und sodann das Gymnasium. Im Sommer 1899 legte ich daselbst das Abiturientenexamen ab. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaften auf den Universitäten München (woselbst ich die Zwischenprüfung ablegte), Berlin und Würzburg. Auf letzterer Universität bestand ich die erste Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst im Sommer 1903. Seit dieser Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die zweite Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst, zur Zeit im anwaltschaftlichen Teil.

Herrn Professor Dr. Jaeger spreche ich auch an dieser Stelle meinen Dank für die mir erwiesene Förderung aus.